

هـذا الجزء الرابع من ردّ المحتار
عـلى الدر المختار العـلامة
الحـبر البحر الفـهامة
الشـيخ محمد عابدين
نفعنـا الله به
امين

جلد چهارم
هذا الکتاب رد المحتار بتاریخ پانزدهم ماه
رمضان المبارک سنه ۱۲۹۲ هجری
معرفت مولوی محمد عبد الحلیم خرید
شده داخل کتابخانه سرکار گردید

* (فهرست الجزء الرابع من حاشية ردّ المحتار على الدرّ المختار للعلامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين) *

صحيفة

صحيفة

رد المحتار على الدر المختار

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده وصلى الله على من لا نبي بعده

(كتاب البيوع)

(قوله لما فرغ الخ) بيان للمناسبة بين جملة ما تقدم وجملة ما يأتي مع بيان المناسبة بين خصوص الوقف والبيع والمراد بالعبادات ما كان المقصود منها في الاصل تقرب العبد الى الملك المعبود ونيل الثواب والجود كالاركان الاربعة ونحوها وبالمعاملات ما كان المقصود منها في الاصل قضاء مصالح العباد كالبيع والكفالة والحوالة ونحوها وكون البيع أو الشراء قد يكون واجبا بالعارض لا يخرجه عن كونه من المعاملات كما لا تخرج الصلاة مع الرياء عن كون أصل الصلاة عبادة ثم ان ما تقدم غير مختص بالعبادات بل هو حقوقه تعالى وهي ثلاثة عبادات وعقوبات وكفارات فالمعاملات في مقابلة حقوقه تعالى وأورد في الفتح انه لا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فان ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود من المعاملات قال في النهر وكان النكاح أولى بالذكر من اللقيط ونحوه اه قلت وفيه نظر ظاهر فان النكاح وان كان من المعاملات لكنه من العبادات أيضا بل المقصود الاصلي منه العبادة وهي تحصين النفس عن المحرمات وتكثير المسلمين بل قالوا ان التخلي له أفضل من التخلي للنوافل وقد يقال الاولى ايراد الشركة لان كلا من اللقطة واللقيط أي التقاطهما مندوب اليه من حيث هو وقد يجب فلذا ذكر في حقوقه تعالى وكذا رد الآبق وأما المفقود فانه ذكر فيها لمناسبة اقتضته وكذا اللقطة ونحوها والشركة كما ذكروا في المعاملات بعض العبادات كالاضحية لمناسبتها للذبائح والقرض لمناسبته للبيع تأمل (قوله لكن لا الى مالك) أي الازالة في الوقف لا تنتهي الى مالك فهو في حكم ملك الله تعالى وهذا قولهما وقال الامام هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ط (قوله فكانا كبسيط ومركب) أي والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدم عليه في الذكر قال ط وانما لم يكن البيع مركبا حقيقة لان الازالة أمر اعتباري لا يتحقق منها تركيب (قوله وجمع الخ) لما كان البيع

في الاصل

(كتاب البيوع)

لما فرغ من حقوق الله تعالى العبادات والعقوبات شرع في حقوق العباد المعاملات ومناسبته للوقف ازالة الملك لكن لا الى مالك وهنا اليه فكانا كبسيط ومركب وجمع لكونه

قوله منها هكذا بخطه ولعل الاصوب فيها تأمل اه مصححه

في الاصل مصدرا والمصدر لا يجمع لانه اسم للحدث كالقيام والقعود وقد جمعه تبعا للهداية أجابوا عنه بأنه قد يراد به المفعول فجمع باعتباره كما يجمع المبيع أي فان أنواع المبيعات كثيرة مختلفة أو انه بقي على أصله مرادا به المعنى لكنه جمع باعتبار أنواعه فان البيع الذي هو الحدث ان اعتبر من حيث هو فهو أربعة نافذ ان أفاد الحكم للحال وموقوف ان افاده عند الاجازة وفاسد ان أفاده عند القبض وباطل ان لم يفده أصلا وان اعتبر من حيث تعلقه بالمبيع فهو أربعة أيضا لانه اما أن يقع على عين بعين أو ثمن بثمن أي يكون المبيع فيه من الاثمان أي النقود أو ثمن بعين أو عين بثمن ويسمى الاول مقايضة والثاني صرفا والثالث سلما وليس للرابع اسم خاص فهو بيع مطلق وان اعتبر من حيث تعلقه بالثمن أو بمقداره فهو أربعة أيضا لانه ان كان بمثل الثمن الاول مع زيادة فمرابحة أو بدون زيادة فتولية أو انقص من الثمن فوضيعة أو بدون زيادة ولا نقص فمساومة وزاد في البحر خامسا وهو الاشراك أي أن يشرك غيره فيما اشتراه اي بأن يبيعه نصفه مثلا وتركه الشارح لانه غير خارج عن الاربعة وقد يعتبر من حيث تعلقه بوصف الثمن ككونه حالا او مؤجلا وبما قررناه ظهر لك أن قوله باعتبار كل من البيع والمبيع ليس المراد اعتبار المبيع وحده اي بدون تعلق بيع به حتى يرد أنه اذا اريد كل منهما بانفراده يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فان جمع البيع باقيا على مصدريته نظرا الى أنواعه حقيقة بخلاف جمعه منقولا الى اسم المفعول فانه مجاز ووجه عدم الورود أن المراد جمعه باعتبار حقيقته لكن نظرا الى ذاته منفردا أو متعلقا بغيره لا منقولا الى اسم المفعول فافهم **(قوله أنواعا أربعة)** خبر الكون وقوله نافذ الخ بيان للانواع الاربعة في كل واحد من الثلاثة على طريق اللف والنشر المرتب وقد علمت بيانها ثم ان تقسيم الاول الى ما ذكره هو ما مشى عليه في الحاوي وظاهره أن الموقوف من قسم الصحيح وهو أحد طريقين للمشايخ وهو الحق ومنهم من جعله قسيما للصحيح وعليه مشى الزيلعي فانه قسمه الى صحيح وباطل وفاسد وموقوف وتمام تحقيقه في اول البيع الفاسد من البحر ويأتي قريبا استثناء بيع المكره **(قوله هو لغة مقابلة شئ بشئ)** أي على وجه المبادلة ولو عبر بها بدل المقابلة لكان اولى كما فعل المصنف فيما بعد وظاهره شمول الاجارة لان المنفعة شئ باعتبار الشرع انها موجودة حتى صح الاعتياض عنها بالمال وكذا باعتبار اللغة تأمل **(قوله مالا او لا الخ)** المراد بالمال ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم والتقوم يثبت بها وباباحة الانتفاع به شرعا فما يباح بلا تمول لا يكون مالا كحبة حنطة وما يتمول بلا اباحة انتفاع لا يكون متقوما كالخمر واذا عدم الامران لم يثبت واحد منهما كالدم بحر ملخصا عن الكشف الكبير وحاصله أن المال اعم من المتمول لان المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الاباحة فالخمر مال لا متقوم فلذا فسد البيع بجعلها ثمنا وانما لم ينعقد أصلا بجعلها مبيعا لان الثمن غير مقصود بل وسيلة الى المقصود اذ الانتفاع بالاعيان لا بالاثمان ولهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن فبهذا الاعتبار صار الثمن من جملة الشروط بمنزلة آلات الصناع وتمام تحقيقه في فصل النهي من التلويح ومن هذا قال في البحر ثم اعلم أن البيع وان كان مبناه على البدلين لكن الاصل فيه المبيع دون الثمن ولذا اشترط القدرة على المبيع دون الثمن وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن اهـ وفي التلويح أيضا من بحث القضاء والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال لان الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة والتقويم يستلزم المالية عند الامام والملك عند الشافعي وفي البحر عن الحاوي القدسي المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار والعبد وان كان فيه معنى المالية لكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله واهلاكه اهـ قلت وفيه نظر لان المال المنتفع به في التصرف على وجه الاختيار والقتل والاهلاك ليس بانتفاع ولان الانتفاع بالمال يعتبر في كل شئ بما يصلح له ولا يجوز اهلاك شئ من المال بلا انتفاع أصلا كقتل الدابة بلا سبب موجب **(قوله بدليل وشروه بثمن بخس)** أي باعوه اي اخوة يوسف بثمن ناقص قيل باعوه بعشرين درهما فالآية دليل على أن البيع لا يلزم كون المبيع فيه مالا لان الحر لا يملك قلت وفيه أن أهل اللغة في الجاهلية كانوا يسترقون الاحرار ويبيعونهم فلا تدل الآية على أن البيع لغة لا يشترط فيه المالية على أن الظاهر أن الحر يملك قبل شرعنا بدليل قالوا جزاؤه من وجد في رحله فهو جزاؤه ثم رأيت ذلك في القهستاني من البيع الفاسد حيث قال ان الحر كان مالا في شريعة يعقوب عليه

باعتبار كل من البيع والمبيع والثمن أنواعا أربعة نافذ موقوف فاسد باطل ومقايضة صرف سلم مطلق ومرابحة تولية وضيعة مساومة * (هو) لغة مقابلة شئ بشئ مالا أو لا بدليل وشروه بثمن بخس

مطلب في تعريف المال والملك والتقوم

وعلى نبينا الصلاة والسلام حتى استرق السارق كما فى شرح التأويلات فلا ينبغى أن يقال انه لم يكن مالا عند أحد اه فالاولى الاستدلال بمثل ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم فاستبشروا ببيعكم أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى ونحوه ولا يخفى أن دعوى المجاز فى ذلك خلاف الاصل فافهم وبهذا ظهر أن تعريفه لغة بما ذكره الشارح تبعا للمحيط اولى مما فى الفتح عن فخر الاسلام من أن البيع لغة مبادلة المال بالمال لكن يرد على الاول انه يدخل فيه النكاح الا أن يراد بالمقابلة ما يكون على وجه التمليك حقيقة تأمل (قوله وهو من الاضداد) أى من الالفاظ التى تطلق على الشئ وعلى ضده كما فى قوله تعالى وكان وراءهم ملك أى قدامهم قال فى الفتح يقال باعه اذا أخرج العين من ملكه اليه وباعه أى اشتراه اه وكذا الشراء بدليل وشروه بثمن بخس فيطلق كل منهما على الآخر وفى المصباح والبيع من الاضداد مثل الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين انه بائع لكن اذا أطلق البائع فالمتبادر الى الذهن باذل السلعة (قوله ويستعمل متعديا) اى بنفسه الى مفعولين (قوله وبمن للتأكيد) كبعت من زيد الدار وظاهر الفتح انها للتعدية لانه قال ويتعدى بنفسه وبالحرف (قوله وباللام) أى قليلا وعبارة ابن القطاع على ما فى المصباح وربما دخلت اللام مكان من تقول بعتك الشئ وبعت لك فهى زائدة اه (قوله يقال بعتك الشئ) مثال للمتعدى بنفسه وترك مثال التعدى بمن (قوله وباع عليه القاضى) أفاد أنه يتعدى بعلى أيضا فى مقام الاجبار والالزام (قوله مبادلة شئ) مصدر مضاف الى مفعوله الاول والفاعل محذوف والاصل أن يتبادل المتبايعان شيأ مرغوبا فيه بمثله فشيأ مفعول أول وبمثله مفعول ثان بواسطة الحرف فافهم (قوله مرغوب فيه) أى ما من شأنه أن ترغب اليه النفس وهو المال ولذا احترز به الشارح عن التراب والميتة والدم فانها ليست بمال فرجع الى قول الكنز والملتقى مبادلة المال بالمال ولذا فسر الشارح كلام الملتقى فى شرحه بقوله أى تمليك شئ مرغوب فيه بشئ مرغوب فيه فقد تساوى التعريفان فافهم ثم زاد فى الكنز بالتراضى وأورد عليه انه يخرج بيع المكره مع انه منعقد وأجاب فى شرح النقاية بأن من ذكره أراد تعريف البيع النافذ ومن تركه أراد الاعم واعترضه فى البحر بأن بيع المكره فاسد موقوف لا موقوف فقط كبيع الفضولى كما يفهم من كلام شارح النقاية قلت لكن قدمنا أن الموقوف من قسم الصحيح ومقتضاه أن بيع المكره كذلك لكن صرحوا فى كتاب الاكراه انه يثبت به الملك عند القبض للفساد فهو صريح فى انه فاسد وان خالف بقية العقود الفاسدة فى أربعة صور سيذكرها المصنف هنالك وأفاد فى المنار وشرحه أنه ينعقد فاسدا لعدم الرضى الذى هو شرط النفاذ وأنه بالاجازة يصح ويزول الفساد وبه علم أن الموقوف على الاجازة صحته فصح كونه فاسدا موقوفا وظهر أن الموقوف منه فاسد كبيع المكره ومنه صحيح كبيع عبد أو صبى محجورين وأمثلته كثيرة ستأتى فى باب بيع الفضولى والحاصل أن الموقوف مطلقا بيع حقيقة والفاسد بيع أيضا وان توقف حكمه وهو الملك على القبض فلا يناسب ذكر التراضى فى التعريف ولذا قال فى الفتح ان التراضى ليس بجزء مفهوم البيع الشرعى بل شرط ثبوت حكمه شرعا اه أى لانه لو كان جزء مفهومه شرعا لزم أن يكون بيع المكره باطلا وليس كذلك بل هو فاسد كما علمت وأنت خبير بأن التعريف شامل للفاسد بسائر أنواعه كما ذكره فى النهر لانه بيع حقيقة وان توقف حكمه على القبض فالتقييد بالتراضى لاخراج بعض الفاسد وهو بيع المكره غير مرضى لانه اذا كان المراد تعريف مطلق البيع يكون غير جامع لخروج هذا منه وان اريد تعريف البيع الصحيح فليس بمانع لدخول أكثر البياعات الفاسدة فيه ثم اعلم أن الخمر مال كما قدمناه عن الكشف والتلويح وان كان غير متقوم مع أن بيعه باطل فى حق المسلم بخلاف البيع به فانه فاسد ومر الفرق وأما ما فى البحر عن المحيط من انه غير مال فالظاهر أنه أراد بالمال المتقوم توفيقا بين كلامهم وحينئذ فيرد على تعريف المصنف كالكنز فافهم ويرد على تعريف المصنف فقط الاجارة والنكاح قال ط فان فيهما مبادلة مال مرغوب فيه بمرغوب فيه ولا يخرجان بقوله على وجه مخصوص لان المراد به الايجاب والقبول والتعاطى اه الا أن يجاب بأن المراد بالمرغوب فيه المال كما قررناه اولا والمنفعة غير مال كما مر أو يقال ان المبادلة هى التمليك كما فى النهر عن الدراية اى التمليك المطلق والمنفعة فى الاجارة والنكاح مملوكة ملكا مقيدا فافهم (قوله على وجه مفيد) هذا التقييد غير مفيد اذ غايته انه أخرج ما لا يفيد كبيع درهم بدرهم اتحدا وزنا وصفة وهو فاسد وقد علمت شمول التعريف لجميع انواع الفاسد

وهو من الاضداد ويستعمل متعديا وبمن للتأكيد وباللام يقال بعتك الشئ وبعت لك فهى زائدة قاله ابن القطاع وباع عليه القاضى أى بلا رضاه * وشرعا (مبادلة شئ مرغوب فيه بمثله) خرج غير المرغوب كتراب وميتة ودم (على وجه) مفيد

مطلب فى بيع المكره والموقوف

قوله فى اربعة صور هكذا بخطه والاصوب بتجريد العدد من التاء للقاعدة المعلومة اه مصححه

فلا

(مخصوص) أى بايجاب اوتعاط
تخرج التبرّع من الجانبين والهبة
بشرط العوض وخرج بمفيد
مالا يفيد فلا يصح بيع درهم
بدرهم استويا وزنا وصفة
ولا مقايضة احد الشريكين
حصة داره بحصة الآخر صيرفية
ولا اجارة السكنى بالسكنى
اشباه (ويكون بقول أو فعل
أما القول فالايجاب والقبول)
وهما ركنه وشرطه اهلية
المتعاقدين

فلا فائدة فى اخراج نوع منه كما قلناه فى بيع المكره نعم لو كان بيع الدرهم بالدرهم باطلا فهو تقييد مفيد لكن بطلانه بعيد لوجود المبادلة بالمال فتأمّل (قوله اى بايجاب أو تعاط) بيان للوجه المخصوص وأراد بالايجاب ما يكون بالقول بدليل المقابلة فيشمل القبول والا لم يخرج التبرّع من الجانبين على ما قاله ط فتأمل (قوله تخرج التبرّع من الجانبين الخ) قال المصنف فى المنح ولما كان هذا يشمل مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرّع او الهبة بشرط العوض فانه ليس ببيع ابتداء وان كان فى حكمه بقاء اراد اخراج ذلك فقال على وجه مخصوص اه قلت وهذا صريح فى دخولهما تحت المبادلة على خلاف ما فى النهر ووجهه انه لو تبرّع لرجل بشئ ثم الرجل عوّض عليه بشئ آخر بلا شرط فهو تبرّع من الجانبين مع المبادلة لكن من جانب الثانى وهذا يوجد كثيرا بين الزوجين يبعث اليها متاعا وتبعث له أيضا وهو فى الحقيقة هبة حتى لو ادّعى الزوج العارية رجع وابها أيضا الرجوع لانها قصدت التعويض عن هبة فلما لم توجد الهبة بدعوى العارية لم يوجد التعويض عنها فلها الرجوع كما سيأتى فى الهبة وكذا لو وهبه شيأ على أن يعوّضه عنه شيأ معينا فهو هبة ابتداء مع وجود المبادلة المشروطة فافهم (قوله استويا وزنا) أما اذا لم يستويا فيه فالبيع فاسد لربا الفضل لا لعدم الفائدة وقوله وصفة خرج ما اختلفا فيها مع اتحاد الوزن ككون أحدهما كبيرا والآخر صغيرا أو أحدهما اسود والآخر ابيض قلت والمسألة مذكورة فى الفصل السادس من الذخيرة باع درهما كبيرا بدرهم صغير أو درهما جيدا بدهم ردىء جاز لان لهما فيه غرضا صحيحا أما اذا كانا مستويين فى القدر والصفة اختلفوا فيه قال بعض المشايخ لا يجوز واليه اشار محمد فى الكتاب وبه كان يفتى الحاكم الامام ابو احمد اه (قوله ولا مقايضة احد الشريكين) اى المستويين والمتبادر من التعبير بالشريكين أن الدار مشاعة بينهما أما لو كانت حصة كل منهما مفروزة عن الاخرى فالظاهر جواز المقايضة لانه قد يكون رغبة كل منهما فيما فى يد الآخر فهو بيع مفيد بخلاف المشاعة فافهم (قوله ولا اجارة السكنى بالسكنى) لان المنفعة معدومة فيكون بيع الجنس بالجنس نسيئة وهو لا يجوز ط عن حاشية الاشباه (قوله ويكون) اى البيع منح والاظهر ارجاع الضمير الى قوله على وجه مخصوص فهو بيان له والا كان تكرارا تامّل (قوله وهما ركنه) ظاهره أن الضمير للايجاب والقبول ويحتمل ارجاعه للقول والفعل كما يفيده قول البحر وفى البدائع ركنه المبادلة المذكورة وهو معنى ما فى الفتح من أن ركنه الايجاب والقبول الدالان على التبادل او ما يقوم مقامهما من التعاطى فركنه الفعل الدال على الرضى بتبادل الملكين من قول او فعل اه وأراد بالفعل اوّلا ما يشمل فعل اللسان وبالفعل ثانيا غيره وقوله الدال على الرضى أى بالنظر الى ذاته وان كان ثم ما ينافى الرضى كاكراه وظاهر كلام المصنف أن الايجاب والقبول غير البيع مع أن ركن الشئ عينه واذا أرجعنا الضمير فى قوله ويكون الى قوله على وجه مخصوص لا يرد ذلك وكذا اذا اريد بالبيع حكمه وهو الملك وههنا أبحاث رائقة مذكورة فى النهر (قوله وشرطه اهلية المتعاقدين) اى بكونهما عاقلين ولا يشترط البلوغ والحرّية وذكر فى البحر أن شرائط البيع

مطلب شرائط البيع انواع اربعة

اربعة انواع شرط انعقاد ونفاذ وصحة ولزوم فالاول اربعة انواع فى العاقد وفى نفس العقد وفى مكانه وفى المعقود عليه فشرائط العاقد اثنان العقل والعدد فلا ينعقد بيع مجنون وصبىّ لا يعقل ولا وكيل من الجانبين الا فى الاب ووصيه والقاضى وشراء العبد نفسه من مولاه بأمره والرسول من الجانبين ولا يشترط فيه البلوغ ولا الحرّية فيصح بيع الصبىّ او العبد لنفسه موقوفا ولغيره نافذا ولا الاسلام والنطق والصحو وشرط العقد اثنان أيضا موافقة الايجاب للقبول فلو قبل غير ما أوجبه أو بعضه او بغير ما اوجبه أو ببعضه لم ينعقد الا فى الشفعة بأن باع عبدا وعقارا فطلب الشفيع العقار وحده وكونه بلفظ الماضى وشرط مكانه واحد وهو اتحاد المجلس وشرط المعقود عليه ستة كونه موجودا مالا متقوّما مملوكا فى نفسه وكون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه وكونه مقدور التسليم فلم ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كالحمل واللبن فى الضرع والثمر قبل ظهوره وهذا العبد فاذا هو جارية ولا بيع الحرّ والمدبر وأمّ الولد والمكاتب ومعتق البعض والميتة والدم ولا بيع الخمر والخنزير فى حق مسلم وكسرة خبز لان أدنى القيمة التى تشترط لجواز البيع فلس ولا بيع الكلا ولو فى ارض مملوكة له والماء فى نهر أو بئر والصيد والحطب والحشيش قبل الاحراز ولا بيع ما ليس مملوكا له وان ملكه بعده الا السلم والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمن قيمته وبيع الفضولىّ فانه منعقد موقوف وبيع الوكيل فانه

نافذ ولا بيع مجوز التسليم كالآبق والطير في الهواء والسمك في البحر بعد أن كان في يده فصارت شرائط الانعقاد أحد عشر قلت صوابه تسعة * وأما الثاني وهو شرائط النفاذ فاثنان الملك أو الولاية وأن لا يكون في المبيع حق لغير البائع فلم ينعقد بيع الفضولي عندنا أما شراؤه فنافذ قلت أي لم ينعقد اذا باعه لاجل نفسه لا لاجل مالكه لكنه على الرواية الضعيفة والصحيح انعقاده موقوفا كما سيأتي في بابه والولاية اما بانابة المالك كالوكالة أو الشارع كولاية الاب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه ولا ينفذ بيع مرهون ومستأجر وللمشتري فسخه ان لم يعلم لا المرتهن ومستأجر * وأما الثالث وهو شرائط الصحة فخمسة وعشرون منها عامة ومنها خاصة فالعامة لكل بيع شروط الانعقاد المارة لان ما لا ينعقد لا يصح وعدم التوقيت ومعلومية المبيع ومعلومية الثمن بما يرفع المنازعة فلا يصح بيع شاة من هذا القطيع وبيع الشيء بقيمته او بحكم فلان وخلوه عن شرط مفسد كما سيأتي في البيع الفاسد والرضى والفائدة ففسد بيع المكره وشراؤه وبيع ما لا فائدة فيه وشراؤه كما مر والخاصة معلومية الاجل في البيع المؤجل ثمنه والقبض في بيع المشتري المنقول وفي الدين ففسد بيع الدين قبل قبضه كالمسلم فيه ورأس المال وبيع شيء بدين على غير البائع وكون البدل مسمى في المبادلة القولية فان سكت عنه فسد وملك بالقبض والمماثلة بين البدلين في اموال الربا والخلو عن شبهة الربا ووجود شرائط السلم فيه والقبض في الصرف قبل الافتراق وعلم الثمن الاول في مرابحة وتولية واشراك ووضيعة وأما الرابع وهو شرائط اللزوم بعد الانعقاد والنفاذ فخلوه من الخيارات الاربعة المشهورة وباقي الخيارات الآتية في أول باب خيار الشرط فقد صارت جملة الشرائط ستة وسبعين اهـ ملخصا أي لان شرائط الانعقاد أحد عشر على ما قاله اولا وشرائط النفاذ اثنان وشرائط الصحة خمسة وعشرون صارت ثمانية وثلاثين وهي كلها شرائط اللزوم مع زيادة الخلو من الخيارات لكن بذلك تصير الجملة سبعة وسبعين نعم تنقص ثمانية على ما قلنا من أن الصواب أن شرائط الانعقاد تسعة فيسقط منها اثنان ومن شرائط الصحة اثنان ومن شرائط اللزوم أربعة فتصير الجملة تسعة وستين نعم يزاد في شروط المعقود عليه اذا لم يره الاشارة اليه أو الى مكانه كما سيأتي في باب خيار الرؤية وسيأتي تمام الكلام عليه عند قوله وشرط الصحة معرفة قدر مبيع وثمن (قوله ومحله المال) فيه نظر لما مر من أن الخمر مال مع أن بيعه باطل في حق المسلم فكان عليه ابداله بالمتقوم وهو أخص من المال كما مر بيانه فيخرج ما ليس بمال اصلا كالميتة والدم وما كان مالا غير متقوم كالخمر فان ذلك غير محل للبيع (قوله وحكمه ثبوت الملك) أي في البدلين لكل منهما في بدل وهذا حكمه الاصلي والتابع وجوب تسليم المبيع والثمن ووجوب استبراء الجارية على المشتري وملك الاستمتاع بها وثبوت الشفعة لو عقارا وعتق المبيع لو محرما من البائع بحر وصوابه من المشتري (قوله وحكمته نظام بقاء المعاش والعالم) حقه أن يقول بقاء نظام المعاش الخ فانه سبحانه وتعالى خلق العالم على أتم نظام وأحكم أمر معاشه أحسن احكام ولا يتم ذلك الا بالبيع والشراء اذ لا يقدر أحد أن يعمل لنفسه كل ما يحتاجه لانه اذا اشتغل بحرث الارض وبذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته وتذريته وتنظيفه وطحنه وعجنه لم يقدر على أن يشتغل بيده ما يحتاج ذلك من آلات الحراثة والحصد ونحوه فضلا عن اشتغاله فيما يحتاجه من ملبس ومسكن فاضطر الى شراء ذلك ولولا الشراء لكان يأخذه بالقهر أو بالسؤال ان أمكن والا قاتل صاحبه عليه ولا يتم مع ذلك بقاء العالم (قوله مباح) هو ما خلا عن أوصاف ما بعده (قوله مكروه) كالبيع بعد النداء في الجمعة (قوله حرام) كبيع خمر لمن يشربها (قوله واجب) كبيع شيء لمن يضطر اليه (قوله والسنة) فانه عليه الصلاة والسلام باع واشترى واقر أصحابه على ذلك أيضا (قوله والقياس) عبارة البحر والمعقول اهـ ح لانه امر ضروري يجزم العقل بثبوته كباقي الامور الضرورية المتوقف عليها انتظام معاشه وبقائه فافهم (قوله فالايجاب الخ) هذه الفاء الفصيحة وهي المفصحة عن شرط مقدر أي اذا أردت معرفة الايجاب والقبول المذكورين وفي الفتح الايجاب الاثبات لغة لاي شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضى الواقع اولا سواء وقع من البائع او من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني والا فكل منهما ايجاب أي اثبات فسمي الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضى بفعل الاول اهـ (قوله والقبول) في بعض النسخ فالقبول بالفاء فهو تفريع على تعريف

ومحله المال وحكمه ثبوت الملك وحكمته نظام بقاء المعاش والعالم وصفته مباح مكروه حرام واجب وثبوته بالكتاب والسنة والاجماع والقياس (فالايجاب) هو (ما ذكر) أولا (من كلام) أحد (المتعاقدين) والقبول

الايجاب ولذا قال المصنف لما ذكر أن الايجاب ماذكر أولا علم أن الايجاب هو ماذكر ثانيا من كلام احدهما افاده ط (قوله ماذكر ثانيا من الآخر) أى من العاقد الآخر والتعبير بذكر لا يشمل الفعل وعرّفه فى الفتح بأنه الفعل الثانى كما مرّ وقال لانه اعمّ من اللفظ فان من الفروع مالو قال كل هذا الطعام بدرهم فاكله تمّ البيع واكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضى بالبيع وكذا اذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيأ كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطى فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط ففى جعل الاخيرة من صور التعاطى كما فعل بعضهم نظر اه وذكر فى الخانية أن القبض يقوم مقام القبول وعليه فتعريف القبول بالقول لكونه الاصل (قوله الدال على التراضى) الاولى أن يقول الرضى كما عبر به فى الفتح والبحر لان التراضى من الجانبين لا يدل عليه الايجاب وحده بل هو مع القبول أفاده ح (قوله قيد به اقتداء بالآية) وهى قوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم (قوله وبيانا للبيع الشرعى) استظهر فى الفتح أن التراضى لابدّ منه فى البيع اللغوى أيضا فانه لا يفهم من باع زيد عبده لغة الا انه استبدله بالتراضى اه ونقل مثله القهستانى عن اكراه الكفاية والكرمانى وقال وعليه يدل كلام الراغب خلافا لشيخ الاسلام (قوله ولذا لم يلزم بيع المكره) قدمنا أن بيع المكره فاسد موقوف على اجازة البائع وأن البيع المعرّف يشمل سائر أنواع البيع الفاسد وأن قول الكنز البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى غير مرضى لانه يخرج بيع المكره مع انه داخل وأجيب عنه بما ذكره الشارح بأنه قيد به اقتداء بالآية أى لا للاحتراز لكن قوله وبيانا للبيع الشرعى ان أراد به البيع المقابل للغوى يرد عليه ما علمته من اعتبار التراضى فى البيع اللغوى وانه لا يعتبر فى البيع الشرعى اذ لو كان جزء مفهومه لزم أن يكون بيع المكره باطلا فاسدا بل التراضى شرط لثبوت حكمه شرعا وهو الملك كما قدمناه عن الفتح وان اراد بالشرعى الخالى عن الفساد فالتقييد بالتراضى لا يخرج بقية البيوع الفاسدة بل التعريف شامل لها ثم لا يخفى أن هذا كله انما يأتى فى عبارة الكنز حيث جعل فيها التراضى قيدا فى التعريف أما قول المصنف الدال على التراضى فلا لكونه ذكره صفة للايجاب فهو بيان للواقع فان الاصل فيه أن يكون دالا على الرضى ولكن لا يلزم منه وجود الرضى حقيقة فلا يخرج به بيع المكره تأمل (قوله ولم ينعقد مع الهزل الخ) الهزل فى اللغة اللعب وفى الاصطلاح هو أن يراد بالشئ مالم يوضع له ولا ما صلح له اللفظ استعارة والهازل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضاه لكن لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه والاختيار هو القصد الى الشئ وارادته والرضى هو ايثاره واستحسانه فالمكره على الشئ يختاره ولا يرضاه ومن هنا قالوا ان المعاصى والقبائح بارادة الله تعالى لا برضاه ان الله لا يرضى لعباده الكفر كذا فى التلويح وشرطه أى شرط تحقق الهزل واعتباره فى التصرفات أن يكون صريحا باللسان مثل أن يقول انى أبيع هازلا ولا يكتفى بدلالة الحال الا انه لا يشترط ذكره فى العقد فيكفى أن تكون المواضعة سابقة على العقد فان تواضعا على الهزل بأصل البيع أى توافقا على انهما يتكلمان بلفظ البيع عند الناس ولا يريدانه واتفقا على البناء أى على انهما لم يرفعا الهزل ولم يرجعا عنه فالبيع منعقد لصدوره من أهله فى محله لكن يفسد البيع لعدم الرضى بحكمه فصار كالبيع بشرط الخيار أبدا لكنه لا يملك بالقبض لعدم الرضى بالحكم حتى لو اعتقه المشترى لا ينفذ عتقه هكذا ذكروا وينبغى أن يكون البيع باطلا لوجود حكمه وهو أنه لا يملك بالقبض وأما الفاسد فحكمه أن يملك بالقبض حيث كان مختارا راضيا بحكمه أما عند عدم الرضى به فلا اه منار وشرحه لصاحب البحر فقول الشارح ولم ينعقد مع الهزل الذى هو من مدخول العلة غير صحيح لمنافاته ما تقدّم من انه منعقد لصدوره من أهله فى محله لكنه يفسد البيع لعدم الرضى بالحكم الا أن يحمل على نفى الانعقاد الصحيح او تمشى على البحث الذى ذكره بقوله وينبغى الخ اه ط قلت قد صرّح فى الخانية والقنية بانه بيع باطل وبه يتأيد ما بحثه فى شرح المنار وكثيرا ما يطلقون الفاسد على الباطل كما ستعرفه فى بابه لكن يرد على بطلانه انهما لو أجازاه جاز والباطل لا تلحقه الاجازة وأن الباطل ما ليس منعقدا أصلا والفاسد ما كان منعقدا بأصله لا بوصفه وهذا منعقد بأصله لانه مبادلة مال بمال دون وصفه ولذلك أجاب بعض العلماء بحمل ما فى الخانية على أن المراد بالبطلان الفساد كما فى حاشية الحموى وتمامه فيها قلت وهذا اولى لموافقته لما فى كتب الاصول من انه فاسد وأما عدم افادته الملك بالقبض فلكونه اشبه البيع بالخيار لهما وليس كل فاسد يملك بالقبض ولذا

قوله علم أن الايجاب الخ هكذا بخطه وصوابه علم أن القبول الخ كما هو ظاهر اه مصححه

مطلب القبول قد يكون بالفعل وليس من صور التعاطى

ماذكر ثانيا من الآخر سواء كان بعت أو اشتريت (الدال على التراضى) قيد به اقتداء بالآية وبيانا للبيع الشرعى ولذا لم يلزم بيع المكره وان انعقد ولم ينعقد مع الهزل لعدم الرضى بحكمه معه هذا

مطلب فى حكم البيع مع الهزل

قال في الاشباه اذا قبض المشترى المبيع فاسدا ملكه الا في مسائل الاولى لا يملكه في بيع الهازل كما في الاصول الثانية لو اشتراه الاب من ماله لابنه الصغير أو باعه له كذلك فاسدا لا يملكه بالقبض حتى يستعمله كذا في المحيط الثالثة لو كان مقبوضا في يد المشترى امانة لا يملكه به اه وذكر الشارح مسألة بيع الهزل قبيل الكفالة وذكرها المصنف متنا في الاكراه **(قوله وورد على التعريفين)** أى تعريفى الايجاب والقبول حيث قيد الايجاب بكونه اولا والقبول بكونه ثانيا ط **(قوله لكن في القهستاني الخ)** ومثله في التجنيس لصاحب الهداية **(قوله كما قالوا في السلام)** أى لو ردعلى المسلم مع السلام فلا بد من الاعادة **(قوله وعلى الاول)** أى ويرد على التعريف الاول حيث قيد بكونه أولا والمعتبر في التكرار هو الثاني والجواب أن الايجاب الاول لما بطل صار الثاني أولا في التحقيق على أن كلا من الايجابين اول بالنسبة الى القبول افاده ط **(قوله تكرار الايجاب)** اى قبل القبول **(قوله مبطل للاول)** وينصرف القبول الى الايجاب الثاني ويكون بيعا بالثمن الاول بحر وصوابه بالثمن الثاني كما هو ظاهر ويعلم مما يأتي **(قوله الا في عتق وطلاق على مال)** لم يذكر في الاشباه الطلاق بل ذكره في البحر وقد اعترض البيرى على الاشباه حيث اقتصر على العتق مع أن الولوالجى ذكر الطلاق أيضا وذكر أنه روى عن أبي يوسف انهما كالبيع وأن ماروى عن محمد أصح اه وفي البيرى أيضا عن الذخيرة قال لغيره بعتك هذا بألف درهم ثم قال بعتكه بمائة دينار فقال المشترى قبلت انصرف قبوله الى الايجاب الثاني ويكون بيعا بمائة دينار بخلاف ما لو قال لعبده أنت حر على ألف درهم أنت حر على مائة دينار فقال العبد قبلت لزمه المالان والفرق أن الايجاب الثاني رجوع عن الايجاب الاول ورجوع البائع قبل قبول المشترى عامل ألا ترى انه لو قال رجعت عن ذلك قبل قبول المشترى يعمل رجوعه واذا عمل رجوعه بطل الايجاب الاول وانصرف القبول الى الايجاب الثاني أما رجوع المولى عن ايجاب العتق ليس بعامل ألا ترى انه لو قال رجعت عن ذلك لا يعمل رجوعه لان ايجاب العتق بالمال تعليق بالقبول والرجوع في التعليقات لا يعمل فبقى كل من الايجاب الاول والثاني فانصرف القبول اليهما اه **(قوله وسيجيء في الصلح)** قال الشارح هناك والاصل أن كل عقد أعيد فالثاني باطل الا في الكفالة والشراء والاجارة اه وفيه أن هذا وما في النظم من تكرار العقد والكلام في تكرار الايجاب كما لا يخفى اه ح أى لان العقد اسم لمجموع الايجاب والقبول وتكراره غير تكرار الايجاب الذى كلامه فيه **(قوله وكل عقد بعد عقد جددا الخ)** في التتارخانية قال بعتك عبدى هذا بألف درهم بعتكه بمائة دينار فقال المشترى قبلت ينصرف الى الايجاب الثاني ويكون بيعا بمائة دينار ولو قال بعتك هذا العبد بألف درهم وقبل المشترى ثم قال بعته منك بمائة دينار في المجلس او في مجلس آخر وقال المشترى اشتريت ينعقد الثاني وينفسخ الاول وكذا لو باعه بجنس الثمن الاول بأقل أو بأكثر نحو أن يبيعه منه بعشرة ثم باعه بتسعة أو بأحد عشر فان باع بعشرة لا ينعقد الثاني ويبقى الاول بحاله اه فهذا مثال لتكرار الايجاب فقط ومثال لتكرار العقد **(قوله فأبطل الثاني)** أى اذا كان بمثل الثمن الاول كما علمت لانه سدى أى لا فائدة فيه **(قوله فالصلح بعد الصلح اضحى باطلا)** هذا اذا كان الصلح على سبيل الاسقاط أما اذا كان الصلح على عوض ثم اصطلحا على عوض آخر فالثاني هو الجائز ويفسخ الاول كالبيع بيرى عن الخلاصة عن المنتقى قلت الظاهر أن الصلح على سبيل الاسقاط بمعنى الابراء وبطلان الثاني ظاهر ولكنه بعيد الارادة هنا فالمناسب حمل الصلح على المتبادر منه ويكون المراد به ما اذا كان بمثل العوض الاول بقرينة قوله كالبيع وعليه فالظاهر أن حكمه كالبيع في التفصيل المار فيه **(قوله كذا النكاح)** أى فالثاني باطل فلا يلزمه المهر المسمى فيه الا اذا جدده للزيادة في المهر كما في القنية بحر قلت لكن قدمنا في اوائل باب المهر عن البزازية أن عدم اللزوم اذا جدد العقد للاحتياط وقدمنا أيضا عن الكافي لو تزوجها في السر بألف ثم في العلانية بألفين ظاهر المنصوص في الاصل انه يلزمه عنده الالفان ويكون زيادة في المهر وعند أبي يوسف المهر هو الاول اذ العقد الثاني لغو فيلغو ما فيه وعند الامام أن الثاني وان لغا لا يلغو ما فيه من الزيادة اه وذكر في الفتح هناك أن هذا اذا لم يشهد على أن الثاني هزل والا فلا خلاف في اعتبار الاول ثم ذكر أن بعضهم اعتبر ما في العقد الثاني فقط وبعضهم أوجب كلا المهرين وأن قاضى خان افتى بانه لا يجب بالعقد الثاني شيء ما لم يقصد به الزيادة في المهر ثم وفق بينه وبين اطلاق الجمهور اللزوم بحمل كلامه على انه لا يلزمه ديانة في نفس الامر الا بقصد الزيادة بل يلزمه قضاء لانه يؤاخذ

وورد على التعريفين ما في التتارخانية لو خرجا معا صح البيع لكن في القهستاني لو كانا معا لم ينعقد كما قالوا في السلام وعلى الاول ما في الاشباه تكرار الايجاب مبطل للاول الا في عتق وطلاق على مال وسيجيء في الصلح وفي المنظومة المحبية

وكل عقد بعد عقد جددا فأبطل الثاني لانه سدى
فالصلح بعد الصلح أضحى باطلا كذا النكاح ماعدا مسائلا

بظاهر لفظه الا أن يشهد على الهزل اه والحاصل اعتماد قول الامام الذى هو ظاهر المنصوص من لزوم الزيادة وحينئذ فمعنى كون الثانى لغوا انه لا ينفسخ الاول به (قوله ماعدا مسائلا) استثناء من قوله فأبطل الثانى (قوله منها الشرا بعد الشراء) بقصر الشرا الاول للنظم قال فى الاشباه اطلقه فى جامع الفصولين وقيده فى القنية بأن يكون الثانى أكثر ثمنا من الاول أو أقل او بجنس آخر والا فلا يصح اه قلت فعلى ما فى القنية لا فرق بين الشراء والبيع ولذا أطلق العقد فى البحر حيث قال واذا تعدد الايجاب والقبول انعقد الثانى وانفسخ الاول ان كان الثانى بأزيد من الاول او أنقص وان كان مثله لم ينفسخ الاول واختلفوا فيما اذا كان الثانى فاسدا هل يتضمن فسخ الاول اه قال فى النهر ومقتضى النظر أن الاول لا ينفسخ اه لكن جزم فى جامع الفصولين والبزازية بانه ينفسخ وكذا قال فى الذخيرة ان الثانى وان كان فاسدا فانه يتضمن فسخ الاول كما لو اشترى قلب فضة وزنه عشرة بعشرة وتقابضا ثم اشتراه منه بتسعة وعلله البزازى بأن الفاسد ملحق بالصحيح فى كثير من الاحكام اه رملى ملخصا (قوله كذا كفالة) قال فى الخانية الكفيل بالنفس اذا أعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الاصيل برئ الكفيلان وكذا لو مات الكفيل الاول برئ الكفيل الثانى كذا ذكره بعض الافاضل قال وأشار بجواز تعددها الى أن المكفول له لو أخذ من الاصيل كفيلا آخر بعد الاول لم يبرأ الاول كذا فى الخانية حاشية السيد أبى السعود على الاشباه (تنبيه) زاد فى الاشباه ان الاجارة بعد الاجارة من المستأجر الاول فسخ للاولى كما فى البزازية وقال فى البحر وينبغى أن المدة اذا اتحدت فيهما واتحد الاجران لا تصح الثانية كالبيع (قوله اذ المراد الخ) تعليل لعدم بطلان الكفالة الثانية بأن المراد منها فى الحقيقة اذن أى حين كررت انما هو زيادة التوثق بأخذ كفيل آخر حتى يتمكن من مطالبة ايهما أراد (قوله وهما عبارة الخ) أى الايجاب والقبول معبر بهما عن كل لفظين الخ قال الزيلعى وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق كبعت واشتريت ورضيت أو أعطيتك أو خذه بكذا اه أو كل هذا الطعام بدرهم لى عليك فأكله ونحو ذلك من الافعال كما قدمناه عن الفتح قبل ورقتين وينعقد ببيع معلق بفعل قلب كان أردت فقال اردت او ان اعجبك أو وافقك فقال اعجبنى أو وافقنى وأما ان اديت الى الثمن فقد بعتك فان أدى فى المجلس صح ويصح الايجاب بلفظ الهبة وأشركتك فيه وأدخلتك فيه وينعقد بلفظ الرد بحر عن التتارخانية قلت وعبارتها ولو قال اردّ عليك هذه الامة بخمسين دينارا وقبل الآخر ثبت البيع اه وفى البحر ويصح الايجاب بلفظ الجعل كقوله جعلت لك هذا بألف وتمامه فيه قلت وفى عرفنا يسمى بيع الثمار على الاشجار ضمانا فاذا قال ضمنتك هذه الثمار بكذا وقبل الآخر ينبغى أن يصح وكذا تعارفوا فى بيع احد الشريكين فى الدواب لشريكه الآخر لفظ المقاصرة فيقول قاصرتك بكذا ومراده بعتك حصتى من هذه الدابة بكذا فاذا قبل الآخر صح لانها من ألفاظ التمليك عرفا (تنبيه) ظاهر قوله عن لفظين انه لا ينعقد بالاشارة بالرأس ويدل عليه ما فى الحاوى الزاهدى فى فصل البيع الموقوف فضولى باع مال غيره فبلغه فسكت متأملا فقال ثالث هل اذنت لى فى الاجازة فقال نعم فأجازه ينفذ ولو حرك رأسه بنعم فلا لان تحريك الرأس فى حق الناطق لا يعتبر اه لكن قد يقال اذا قال له بعنى كذا بكذا فأشار برأسه نعم فقال الآخر اشتريت وحصل التسليم بالتراضى يكون بيعا بالتعاطى بخلاف ما اذا لم يحصل التسليم من أحد الجانبين على ما يأتى فى بيع التعاطى انه لا بد من وجوده ولو من احدهما هذا ما ظهر لى وفى الاشباه من أحكام الاشارة وان لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر اشارته الا فى اربع الكفر والاسلام والنسب والافتاء الخ (قوله أو حالين) بتخفيف اللام (قوله لا يحتاج الاول) وهو الصادر بلفظين ماضيين ط عن المنح وكذا الماضى فيما لو كانا مختلفين (قوله بخلاف الثانى) فانه يحتاج اليها وان كان حقيقة للحال عندنا على الاصح لغلبة استعماله فى الاستقبال حقيقة أو مجازا بحر عن البدائع (قوله والا لا) صادق بما اذا نوى الاستقبال او لم ينو شيأ ط (قوله للحال) أى ولا يستعملونه للوعد والاستقبال ط (قوله) فكالماضى فلا يحتاج الى النية بحر ط (قوله وكأبيعك الآن) عطف على المستثنى اه ح وهذا أولى بالحكم لانه اذا عملت نية الحال فالتصريح به أولى ط (قوله وأما المتمحض للاستقبال) كالمقرون بالسين وسوف ط (قوله فكالامر) بان قال المشترى بعنى هذا الثوب بكذا فيقول بعت أو يقول البائع اشتر منى بكذا فيقول اشتريته (قوله لا يصح أصلا) أى سواء نوى بذلك الحال أولا

منها الشرا بعد الشراء صححوا
كذا كفالة على ما صرحوا
اذ المراد صاح فى المحقق
منها اذا زيادة التوثق

(وهما عبارة عن كل لفظين
ينبئان عن معنى التملك والتمليك
ماضيين) كبعت واشتريته
(أو حالين) كمضارعين لم يقرنا
بسوف والسين كأبيعك فيقول
اشتريه أو أحدهما ماض
والآخر حال (و) لكن
(لا يحتاج الاول الى نية بخلاف
الثانى) فان نوى به الايجاب
للحال صح على الاصح والا لا
الا اذا استعملوه للحال كأهل
خوارزم فكالماضى وكأبيعك
الآن لتمحضه للحال وأما
المتمحض للاستقبال فكالامر
لا يصح أصلا

قوله عن لفظين هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح عن كل لفظين اه

لكون الامر متمحضا للاستقبال وكذا المضارع المقرون بالسين أوسوف (قوله كخذه بكذا الخ) قال في الفتح فانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادّته اعنى الامر بالاخذ يستدعى سابقة البيع فكان كالماضى الاأن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدى هذا بألف فقال فهو حرّ عتق ويثبت اشتريت اقتضاء بخلاف مالو قال هو حرّ بلافاء لا يعتق (قوله كوجه وفرج) بأن قال بعتك وجه هذا العبد أوفرج هذه الامة لانه مما يعبر به عن الكل (قوله وكل مادل الخ) تفصيل لقوله وهما عبارتان عن كل لفظين الخ (قوله قبول) خبر قوله وكل وظاهره انه قبول سواء كان من البائع أو المشترى وانه لا يكون ايجابا مع انه يكون من البائع فقط كما نبه عليه بقوله لكن فى الولوالجية ويكون ايجابا أيضا قال فى البحر لو قال اتبيعنى عبدك هذا بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم فوقعت كلمة نعم ايجابا وكذا تقع قبولا فيما لو قال اشتريت منك هذا بألف فقال نعم اه ونحوه فى الفتح (قوله لكن فى الولوالجية الخ) ومثله مافى التتارخانية بعت منك هذا بألف فقال المشترى قدفعلت فهذا بيع ولو قال نعم لا يكون بيعا وذكر فى فتاوى سمرقند أن من قال لغيره اشتريت عبدك هذا بألف درهم فقال البائع قدفعلت اوقال نعم أوقال هات الثمن صح البيع وهو الاصح اه فهذا أيضا صريح فى انه لا يكون قبولا من المشترى (قوله لانه ليس بتحقيق) لان قول المشترى نعم تصديق لقول البائع بعتك ولا يتحقق البيع بمجرد قوله بعتك بخلاف قول البائع نعم بعد قول المشترى اشتريت لانه جواب له فكانه قال نعم اشتريت منى والشراء يتوقف على سبق البيع هذا ماظهر لى فتأمله (قوله وفى القنية الخ) استدراك أيضا على المتن بأنه يكون ايجابا أيضا كما نبهنا عليه وعبارتها كما فى البحر كهل بعت منى بكذا أوهل اشتريت منى بكذا الخ وظاهره أن نقد الثمن قائم مقام القبول لان نعم بعد الاستفهام ايجاب فقط فكان النقد بمنزلة قوله اخذته أورضيت ولا يشترط فى القبول أن يكون قولا كما نقلناه سابقا عن الفتح (قوله ولو قال بعته الخ) المناسب ذكر هذا الفرع عقب قوله الآتى الا اذا كان بكتابة أورسالة ووجه الجواز ما نقل عن المحيط انه حين قال بلغه فقد أظهر من نفسه الرضى بالتبليغ فكل من بلغه كان التبليغ برضاه فان قبل صح البيع (قوله ولا يتوقف) أى بل يبطل ح (قوله شطرا لعقد) المراد به الايجاب الصادر أولا (قوله فيه) اى البيع احترازعن الخلع والعتق كما يأتى (قوله فبلغه) اى من غير أن يأمر احدا بتبليغه كما فى الخلاصة أما لو أمر احدا به فبلغه وقبل يصح ولو كان المبلغ غير المأمور كما مرّ آنفا (قوله الا اذا كان بكتابة اورسالة) صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدى فلانا منك بكذا فلما بلغه الكتاب قال فى مجلسه ذلك اشتريت تم البيع بينهما وصورة الارسال أن يرسل رسولا فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان وقل له فذهب الرسول فأخبره بما قال فقبل المشترى فى مجلسه ذلك وفى النهاية وكذا هذا فى الاجارة والهبة والكتابة بحر قلت ويكون بالكتابة من الجانبين فاذا كتب اشتريت عبدك فلانا بكذا فكتب اليه البائع قد بعت فهذا بيع كما فى التتارخانية (قوله فيعتبر مجلس بلوغها) أى بلوغ الرسالة أو الكتابة قال فى الهداية والكتابة كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة اه وفى غاية البيان وقال شمس الائمة السرخسى فى كتاب النكاح من مبسوطه كما ينعقد النكاح بالكتابة ينعقد البيع وسائر التصرفات بالكتاب أيضا وذكر شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه الكتاب والخطاب سواء الافى فصل واحد وهو أنه لو كان حاضرا فخاطبها بالنكاح فلم تجب فى مجلس الخطاب ثم أجابت فى مجلس آخر فان النكاح لا يصح وفى الكتاب اذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه فى المجلس الذى قرأت الكتاب فيه ثم زوجت نفسها فى مجلس آخر بين يدى الشهود وقد سمعوا كلامها ومافى الكتاب يصح النكاح لان الغائب انما صار خاطبا لها بالكتاب والكتاب باق فى المجلس الثانى فصار ببقاء الكتاب فى مجلسه وقد سمع الشهود مافيه فى المجلس الثانى بمنزلة مالو تكرر الخطاب من الحاضر فى مجلس آخر فأما اذا كان حاضرا فانما صار خاطبا لها بالكلام وما وجد من الكلام لا يبقى الى المجلس الثانى وانما سمع الشهود فى المجلس الثانى احد شطرى العقد اه وحاصله أن قوله تزوجتك بكذا اذا لم يوجد قبول يكون مجرد خطبة منه لها فاذا قبلت فى مجلس آخر لا يصح بخلاف مالو كتب ذلك اليها لانها لما قرأت الكتاب ثانيا وفيه قوله تزوجتك بكذا وقبلت عند الشهود صح العقد كما لو خاطبها به ثانيا وظاهره أن البيع كذلك وهو

قوله وهما عبارتان الخ هكذا بخطه بالتثنية والذى تقدم وهما عبارة بالافراد اه

الا الامر اذا دل على الحال كخذه بكذا فقال أخذت اورضيت صح بطريق الاقتضاء فليحفظ (ويصح اضافته الى عضو يصح اضافة العتق اليه) كوجه وفرج (والالا) كظهر وبطن (و) كل مادل على معنى بعت واشتريت نحو (قدفعلت ونعم وهات الثمن) وهو لك أوعبدك اوفداك أوخذه (قبول) لكن فى الولوالجية ان بدأ البائع فقبل المشترى بنعم لم ينعقد لانه ليس بتحقيق وبعكسه صح لانه جواب وفى القنية نعم بعد الاستفهام كهل بعت منى بكذا بيع ان نقد الثمن لان النقد دليل التحقيق ولو قال بعته فبلغه يا فلان فبلغه غيره جاز فليحفظ (ولا يتوقف شطر العقد فيه) أى البيع (على قبول غائب) فلو قال بعت فلانا الغائب فبلغه فقبل لم ينعقد (اتفاقا) الا اذا كان بكتابة أو رسالة فيعتبر مجلس بلوغها

خلاف ظاهر الهداية فتأمل ثم لا يخفى أن قراءة الكتاب صارت بمنزلة الايجاب من الكاتب فاذا قبل المكتوب اليه فى المجلس فقد صدر الايجاب والقبول فى مجلس واحد فلا حاجة الى قوله الا اذا كان بكتابة أو رسالة نعم بالنظر الى مجلس الكتابة يصح فانه لما كتب بعتك لم يلغ بل توقف على القبول وان كان ذلك القبول متوقفا على قراءة الكتاب فافهم (قوله فله الرجوع) ليس المراد أن الموجب له الرجوع فى هذه الصورة فان الايجاب اذا كان باطلا فلا معنى للرجوع عنه بل المراد أن الموجب له الرجوع قبل قبول الحاضر قال فى المنح ثم فى كل موضع لا يتوقف شطر العقد فانه يجوز من العاقد الرجوع عنه ولا يجوز تعليقه بالشرط لانه عقد معاوضة وفى كل موضع يتوقف كالخلع والعتق على مال لا يصح الرجوع ويصح التعليق بالشرط لكونه يمينا من جانب الزوج والمولى معاوضة من جانب الزوجة والعبد اهـ ح (قوله لانه يمين) أى من جانب الزوج والمولى وذلك أن اليمين بغير الله تعالى ذكر الشرط والجزاء والخلع والعتق تعليق الطلاق والعتق بقبول المرأة والعبد وهما من جانب المرأة والعبد معاوضة بحيث كان يمينا من جانب الزوج والمولى امتنع الرجوع وتمامه فى العزمية (قوله وأما الفعل) عطف على قوله أما القول (قوله وهو التناول قاموس) قال فى البحر وهكذا فى الصحاح والمصباح وهو انما يقتضى الاعطاء من جانب والاخذ من جانب لا الاعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسى اى حيث قال ان حقيقة التعاطى وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ وهو يفيد أنه لا بد من الاعطاء من الجانبين لانه من المعاطاة وهى مفاعلة اهـ قلت وقوله من غير لفظ يفيد ما قدمناه عن الفتح من انه لو قال بعتكه بألف فقبضه المشترى ولم يقل شيأ كان قبضه قبولا وليس من بيع التعاطى خلافا لمن جعله منه فان التعاطى ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن (قوله فى خسيس ونفيس) النفيس ما كثر ثمنه كالعبد والخسيس ما قل ثمنه كالخبز ومنهم من حد النفيس بنصاب السرقة فأكثر والخسيس بما دونه والاطلاق هو المعتمد ط عن البحر قلت ليس فى البحر قوله والاطلاق هو المعتمد نعم ذكر فى شمول التعاطى للخسيس والنفيس فقال وهو الصحيح المعتمد (قوله خلافا للكرخى) فانه قال لا ينعقد الا فى الخسيس ط عن القهستانى وما فى الحاوى القدسى من أن هذا هو المشهور فهو خلاف المشهور كما فى البحر (قوله ولو التعاطى من احد الجانبين) صورته أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشترى المتاع ويذهب برضى صاحبه من غير دفع الثمن او يدفع المشترى الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع فان البيع لازم على الصحيح حتى لو امتنع احدهما بعده أجبره القاضى وهذا فيما ثمنه غير معلوم أما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه الى بيان الثمن ذكره فى البحر والمراد فى صورة دفع الثمن فقط أن المبيع موجود معلوم لكن المشترى دفع ثمنه ولم يقبضه ط وفى القنية دفع الى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة وقال له بكم تبيعها فقال مائة بدينار فسكت المشترى ثم طلب منه الحنطة ليأخذها فقال البائع غدا ادفع لك ولم يجر بينهما بيع وذهب المشترى فجاء غدا ليأخذ الحنطة وقد تغير السعر فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الاول قال رضى الله عنه وفى هذه الواقعة أربع مسائل احداها الانعقاد بالتعاطى الثانية الانعقاد فى الخسيس والنفيس وهو الصحيح الثالثة الانعقاد به من جانب واحد الرابعة كما ينعقد باعطاء المبيع ينعقد باعطاء الثمن اهـ قلت وفيها مسألة خامسة انه ينعقد به ولو تأخرت معرفة الثمن لكون دفع الثمن قبل معرفته بحر (قوله لم ينعقد) أى وان كان يعلم عادة السوقة أن البائع اذا لم يرض يرد الثمن او يسترد المتاع والا يكون راضيا به ويصيح خلفه لا اعطيها تطييبا لقلب المشترى فانه مع هذا لا يصح البيع قنية (قوله كما لو كان) أى البيع بالتعاطى بعد عقد فاسد وعبارة الخلاصة اشترى رجل من وسائدى وسائد ووجوه الطنافس وهى غير منسوجة بعد ولم يضرب له أجلا لم يجز فلو نسج الوسائد ووجوه الطنافس وسلم الى المشترى لا يصير هذا بيعا بالتعاطى لانهما يسلمان بحكم ذلك البيع السابق وانه وقع باطلا اهـ وعبارة البزازية والتعاطى انما يكون بيعا اذا لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل سابق أما اذا كان بناء عليه فلا اهـ (قوله لا ينعقد بهما البيع قبل متاركة الفاسد) يتفرع عليه ما فى الخانية لو اشترى ثوبا شراء فاسدا ثم لقيه غدا فقال قد بعتنى ثوبك هذا بألف درهم فقال بلى فقال قد أخذته فهو باطل وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد فان كانا تاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم اهـ قلت لكن فى النهاية والفتح وغيرهما عند قول الهداية ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم الخ البيع بالرقم فاسد لان فيه زيادة جهالة

مطلب البيع بالتعاطى

(كما) لا يتوقف (فى النكاح على الاظهر) خلافا للثانى فله الرجوع لانه عقد معاوضة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث يتوقف اتفاقا فلا رجوع لانه يمين نهاية (وأما الفعل فالتعاطى) وهو التناول قاموس (فى خسيس ونفيس) خلافا للكرخى (ولو) التعاطى (من احد الجانبين على الاصح) فتح وبه يفتى فيض (اذا لم يصرح معه) مع التعاطى (بعدم الرضى) فلو دفع الدراهم وأخذ البطاطيخ والبائع يقول لا أعطيها بها لم ينعقد كما لو كان بعد عقد فاسد خلاصة وبزازية وصرح فى البحر بأن الايجاب والقبول بعد عقد فاسد لا ينعقد بهما البيع قبل متاركة الفاسد

تمكنت فى صلب العقد وهى جهالة الثمن برقم لايعلمه المشترى فصار بمنزلة القمار وعن هذا قال شمس الائمة الحلوانى وان علم بالرقم فى المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزا ولكن ان كان البائع دائما على الرضى فرضى به المشترى ينعقد بينهما عقد بالتراضى اه وعبر فى الفتح بالتعاطى والمراد واحد وسيأتى أيضا فى باب البيع الفاسد أن بيع الآبق لايصح وانه لو باعه ثم عاد وسلمه يتم البيع فى رواية وظاهر الرواية انه لا يتم قال فى البحر هنالك وأولوا الرواية الاولى بأنه ينعقد بيعا بالتعاطى اه وظاهر هذا عدم اشتراط متاركة الفاسد وقد يجاب على بعد بحمل الاشتراط على ما اذا كان التعاطى بعد المجلس أما فيه فلا يشترط كما هنا والفرق انه بعد المجلس يتقرر الفساد من كل وجه فلا بد من المتاركة أما فى المجلس فلا يتقرر من كل وجه فتحصل المتاركة ضمنا تأمل ويحتمل وهو الظاهر أن يكون فى المسألة قولان وانظر ما يأتى عند قوله وفسد فى الكل فى بيع ثلة الخ هذا وما ذكره عن الحلوانى فى البيع بالرقم جزم بخلافه فى الهندية آخر باب المرابحة وذكر أن العلم فى المجلس يجعل كابتداء العقد ويصير كتأخير القبول الى آخر المجلس وبه جزم فى الفتح هنالك أيضا (قوله ففى بيع التعاطى بالاولى الخ) مأخوذ من البحر حيث قال ففى بيع التعاطى بالاولى وهو صريح الخلاصة والبزازية ان التعاطى بعد عقد فاسد أو باطل لا ينعقد به البيع لانه بناء على السابق وهو محمول على ما ذكرناه اه وقوله على ما ذكرناه اى من أن عدم الانعقاد قبل متاركة الاول وهو معنى قول الشارح فيحمل ما فى الخلاصة وغيرها على ذلك ومراده بما فى الخلاصة ما قدمه من قوله كما لو كان بعد عقد فاسد ونقلنا عبارتها وعبارة البزازية وليس فيها التقييد بما قبل متاركة الاول فقيده الشارح به تبعا للبحر لئلا يخالف كلام غيرها فافهم (قوله وتمامه فى الاشباه من الفوائد) اى فى آخر الفن الثالث وليس فيه زيادة على أصل المسألة فلعله اراد ما كتب على الاشباه فى ذلك الموضع او ما اشبه هذه المسألة مما تفرع على الاصل المذكور (قوله اذا بطل المتضمن بالكسر بطل المتضمن بالفتح) فانه لما بطل البيع الاول بطل ما تضمنه من القبض اذا كان قبل المتاركة قال ح وهو بدل من الفوائد بدل بعض من كل اه ط وفى هذه القاعدة بحث سنذكره عند الكلام على بيع الثمرة البارزة (قوله فتحرر ثلاثة أقوال) هذا الاختلاف نشأ من كلام الامام محمد فانه ذكر بيع التعاطى فى مواضع فصوره فى موضع بالاعطاء من الجانبين ففهم منه البعض انه شرط وصوره فى موضع بالاعطاء من أحدهما ففهم البعض انه يكتفى به وصوره فى موضع بتسليم المبيع ففهم البعض أن تسليم الثمن لايكفى بحر عن الذخيرة ط (قوله وحررنا فى شرح الملتقى الخ) عبارته عن البزازية الاقالة تنعقد بالتعاطى أيضا من احد الجانبين على الصحيح اه وكذا الاجارة كما فى العمادية وكذا الصرف كما فى النهر مستدلا عليه بما فى التتارخانية اشترى عبدا بألف درهم على أن المشترى بالخيار فأعطاه مائة دينار ثم فسخ البيع فعلى قول الامام الصرف جائز ويرد الدراهم وعلى قول أبى يوسف الصرف باطل وهى فائدة حسنة لم ار من نبه عليها اه (تتمة) طالب مديونه فبعث اليه شعيرا قدرا معلوما وقال خذه بسعر البلد والسعر لهما معلوم كان بيعا وان لم يعلماه فلا ومن بيع التعاطى تسليم المشترى ما اشتراه الى من يطلبه بالشفعة فى موضع لا شفعة فيه وكذا تسليم الوكيل بالشراء الى الموكل بعدما أنكر التوكيل ومنه حكما ما اذا جاء المودع بأمة غير المودعة وحلف حل للمودع وطؤها وكان بيعا بالتعاطى وعن أبى يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتى فحلف الخياط انها هى وسعه أخذها وينبغى تقييده بما اذا كانت العين للدافع ومنه لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن انها ليست له فأخذها ورضى بها كما فى الفتح وعلى هذا فلا بد من الرضى فى جارية الوديعة والبطانة وتمامه فى البحر (قوله ما يستجره الانسان الخ) ذكر فى البحر أن من شرائط المعقود عليه أن يكون موجودا فلم ينعقد بيع المعدوم ثم قال ومما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة ما فى القنية الاشياء التى تؤخذ من البياع على وجه الخرج كما هو العادة من غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ثم اشتراها بعد ما انعدمت صح اه فيجوز بيع المعدوم هنا اه وقال بعض الفضلاء ليس هذا بيع معدوم انما هو من باب ضمان المتلفات باذن مالكها عرفا تسهيلا للامر ودفعا للحرج كما هو العادة وفيه أن الضمان بالاذن مما لا يعرف فى كلام الفقهاء حموى وفيه أيضا أن ضمان المثليات بالمثل لا بالقيمة والقيميات بالقيمة لا بالثمن ط قلت كل هذا قياس وقد علمت أن المسألة استحسان ويمكن تخريجها على قرض الاعيان ويكون ضمانها بالثمن استحسانا وكذا حل الانتفاع فى الاشياء القيمية لان قرضها فاسد لا يحل الانتفاع به وان

ففى بيع التعاطى بالاولى وعليه فيحمل ما فى الخلاصة وغيرها على ذلك وتمامه فى الاشباه من الفوائد اذا بطل المتضمن بطل المتضمن والمبنى على الفاسد فاسد (وقيل لابد) فى التعاطى من الاعطاء من الجانبين وعليه الاكثر قاله الطرسوسى واختاره البزازى وأفتى به الحلوانى واكتفى الكرمانى بتسليم المبيع مع بيان الثمن فتحرر ثلاثة أقوال وقد علمت صحة الاقالة والاجارة والصرف بالتعاطى فليحفظ (فروع) ما يستجره الانسان من البياع اذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحسانا *

مطلب فى بيع الاستجرار

ملك

ملكت بالقبض وخرّجها فى النهر على كون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطى وانه لا يحتاج فى مثله الى بيان الثمن لانه معلوم اه واعترضه الحموى بأن اثمان هذه تختلف فيفضى الى المنازعة اه قلت ما فى النهر مبنى على أنّ الثمن معلوم لكنه على هذا لا يكون من بيع المعدوم بل كلما أخذ شيأ انعقد بيعا بثمنه المعلوم قال فى الولوالجية دفع دراهم الى خباز فقال اشتريت منك مائة منّ من خبز وجعل يأخذ كل يوم خمسة أمناء فالبيع فاسد وما أكل فهو مكروه لانه اشترى خبزا غير مشار اليه فكان المبيع مجهولا ولو أعطاه الدراهم وجعل يأخذ منه كل يوم خمسة أمناء ولم يقل فى الابتداء اشتريت منك يجوز وهذا حلال وان كان نيته وقت الدفع الشراء لانه بمجرد النية لا ينعقد البيع وانما ينعقد البيع الآن بالتعاطى والآن المبيع معلوم فينعقد البيع صحيحا اه قلت ووجهه أن ثمن الخبز معلوم فاذا انعقد بيعا بالتعاطى وقت الاخذ مع دفع الثمن قبله فكذا اذا تأخر دفع الثمن بالاولى وهذا ظاهر فيما كان ثمنه معلوما وقت الاخذ مثل الخبز واللحم أما اذا كان ثمنه مجهولا فانه وقت الاخذ لا ينعقد بيعا بالتعاطى لجهالة الثمن فاذا تصرّف فيه الآخذ وقد دفعه البياع برضاه بالدفع وبالتصرّف فيه على وجه التعويض عنه لم ينعقد بيعا وان كان على نية البيع لما علمت من أن البيع لا ينعقد بالنية فيكون شبه القرض المضمون بمثله او بقيمته فاذا توافقا على شئ بدل المثل او القيمة برئت ذمّة الآخذ لكن يبقى الاشكال فى جواز التصرّف فيه اذا كان قيميا فان قرض القيمى لا يصح فيكون تصحيحه هنا استحسانا كقرض الخبز والخميرة ويمكن تخريجه على الهبة بشرط العوض او على المقبوض على سوم الشراء ثم رأيته فى الاشباه فى القول فى ثمن المثل حيث قال ومنها لو أخذ من الارز والعدس وما اشبهه وقد كان دفع اليه دينارا مثلا لينفق عليه ثم اختصما بعد ذلك فى قيمته هل تعتبر قيمته يوم الاخذ أو يوم الخصومة قال فى التتمة تعتبر يوم الاخذ قيل له لو لم يكن دفع اليه شيأ بل كان يأخذ منه على أن يدفع اليه ثمن ما يجتمع عنده قال يعتبر وقت الاخذ لانه سوم حين ذكر الثمن اه (**قوله بيع البراآت**) جمع براءة وهى الاوراق التى يكتبها كتّاب الديوان على العاملين على البلاد بحظ كعطاء أو على الاكارين بقدر ما عليهم وسميت براءة لانه يبرأ بدفع ما فيها ط (**قوله بخلاف بيع حظوظ الائمة**) بالحاء المهملة والظاء المشالة جمع حظ بمعنى النصيب المرتب له من الوقف أى فانه يجوز بيعه وهذا مخالف لما فى الصيرفية فان مؤلفها سئل عن بيع الحظ فاجاب لا يجوز ط عن حاشية الاشباه قلت وعبارة الصيرفية هكذا سئل عن بيع الخط قال لا يجوز فانه لا يخلو اما ان باع ما فيه او عين الخط لا وجه للاوّل لانه بيع ما ليس عنده ولا وجه للثانى لان هذا القدر من الكاغد ليس متقوّما بخلاف البراءة لان هذه الكاغدة متقوّمة اه قلت ومقتضاه أن الخط بالخاء المعجمة والطاء المهملة وهذا لا يخالف ما ذكره الشارح لان المراد بحظوظ الائمة ما كان قائما فى يد المتولى من نحو خبز أو حنطة قد استحقه الامام وكلام الصيرفية فيما ليس بموجود (**قوله ثمة**) أى هنالك أى فى مسألة بيع حظوظ الائمة وأشار اليها بالبعيد لان الكلام كان فى بيع البراآت ولذا أشار اليه بلفظ هنا (**قوله من المشرف**) أى المباشر الذى يتولى قبض الخبز (**قوله بخلاف الجندى**) أى اذا باع الشعير المعين لعلف دابته من حاشية السيد أبى السعود (**قوله وتعقبه فى النهر**) أى تعقب ما ذكر من مسألة بيع الاستجرار وما بعدها حيث قال أقول الظاهر أن ما فى القنية ضعيف لاتفاق كلمتهم على أنّ بيع المعدوم لا يصح وكذا غير المملوك وما المانع من أن يكون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطى ولا يحتاج فى مثله الى بيان الثمن لانه معلوم كما سيأتى وحظ الامام لا يملك قبل القبض فأنى يصح بيعه وكن على ذكر مما قاله ابن وهبان فى كتاب الشرب ما فى القنية اذا كان مخالفا للقواعد لا التفات اليه ما لم يعضده نقل من غيره اه وقدّمنا الكلام على بيع الاستجرار وأما بيع حظ الامام فالوجه ما ذكره من عدم صحة بيعه ولا ينافى ذلك انه لو مات يورث عنه لانه اجرة استحقها ولا يلزم من الاستحقاق الملك كما قالوا فى الغنيمة بعد احرازها بدار الاسلام فانها حق تأكد بالاحراز ولا يحصل الملك فيها للغانمين الا بعد القسمة والحق المتأكد يورث كحق الرهن والردّ بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط كما فى الفتح وعن هذا بحث فى البحر هنالك بأنه ينبغى التفصيل فى معلوم المستحق بأنه ان مات بعد خروج الغلة واحراز الناظر لها قبل القسمة يورث نصيبه لتأكد الحق فيه كالغنيمة بعد الاحراز وان مات قبل ذلك لا يورث لكن قدّمنا هنالك أنّ معلوم الامام له شبه الصلة وشبه الاجرة والارجح الثانى وعليه يتحقق الارث ولو قبل احراز الناظر ثم لا يخفى انها لا تملك قبل قبضها فلا يصح بيعها (**قوله وأفتى المصنف**

بيع البراآت التى يكتبها الديوان على العمال لا يصح بخلاف بيع حظوظ الائمة لان مال الوقف قائم ثمة ولا كذلك هنا اشباه وقنية ومفاده انه يجوز للمستحق بيع خبزه قبل قبضه من المشرف بخلاف الجندى بحر وتعقبه فى النهر وأفتى المصنف ببطلان بيع الجامكية لما فى الاشباه بيع الدين انما يجوز من المديون

مطلب فى بيع الجامكية

مطلب لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة

وفيها وفى الاشباه لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة كحق الشفعة وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف بالاوقاف وفيها فى آخر بحث تعارض العرف مع اللغة المذهب عدم اعتبار العرف الخاص لكن أفتى كثير باعتباره وعليه فيفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال

مطلب فى الاعتياض عن الوظائف والنزول عنها

مطلب فى العرف الخاص والعام

مطلب فى النزول عن الوظائف بمال

الخ) تأييد لكلام النهر وعبارة المصنف فى فتاواه سئل عن بيع الجامكية وهو أن يكون لرجل جامكية فى بيت المال ويحتاج الى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيقول له رجل بعتنى جامكيتك التى قدرها كذا بكذا انقص من حقه فى الجامكية فيقول له بعتك فهل البيع المذكور صحيح أم لا لكونه بيع الدين بنقد أجاب اذا باع الدين من غير من هو عليه كما ذكر لا يصح قال مولانا فى فوائده وبيع الدين لا يجوز ولو باعه من المديون أو وهبه جاز اه (قوله وفيها) الظاهر أن الضمير للقنية ويحتمل عوده لفتاوى المصنف المفهومة من أفتى وأما ضمير وفيها الآتية فللاشباه اه ح (قوله لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة) عن الملك قال فى البدائع الحقوق المفردة لا تحتمل التمليك ولا يجوز الصلح عنها أقول وكذا لا تضمن بالاتلاف قال فى شرح الزيادات للسرخسى واتلاف مجرد الحق لا يوجب الضمان لان الاعتياض عن مجرد الحق باطل الا اذا فوت حقا مؤكدا فانه يلحق بتفويت حقيقة الملك فى حق الضمان كحق المرتهن ولذا لا يضمن باتلاف شئ من الغنيمة أو وطء جارية منها قبل الاحراز لان الفائت مجرد الحق وانه غير مضمون وبعد الاحراز بدار الاسلام ولو قبل القسمة يضمن لتفويت حقيقة الملك ويجب عليه القيمة فى قتله عبدا من الغنيمة بعد الاحراز فى ثلاث سنين بيرى وأراد بقوله لتفويت حقيقة الملك الحق المؤكد اذ لا تحصل حقيقة الملك الا بعد القسمة كما مر (قوله كحق الشفعة) قال فى الاشباه فلو صالح عنها بمال بطلت ورجع ولو صالح المخيرة بمال لتختاره بطل ولا شئ لها ولو صالح احدى زوجتيه بمال لتترك نوبتها لم يلزم ولا شئ لها وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف فى الاوقاف وخرج عنها حق القصاص وملك النكاح وحق الرق فانه يجوز الاعتياض عنها كما ذكره الزيلعى فى الشفعة والكفيل بالنفس اذا صالح المكفول له بمال لا يصح ولا يجب وفى بطلانها روايتان وفى بيع حق المرور فى الطريق روايتان وكذا بيع الشرب الا تبعا اه (قوله وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف بالاوقاف) من امامة وخطابة وأذان وفراشة وبوابة ولا على وجه البيع أيضا لان بيع الحق لا يجوز كما فى شرح الادب وغيره وفى الذخيرة ان أخذ الدار بالشفعة أمر عرف بخلاف القياس فلا يظهر ثبوته فى حق جواز الاعتياض عنه اه أقول والحق فى الوظيفة مثله والحكم واحد بيرى (قوله المذهب عدم اعتبار العرف الخاص) قال فى المستصفى التعامل العام أى الشائع المستفيض والعرف المشترك لا يصح الرجوع اليه مع التردد اه وفى محل آخر منه ولا يصلح مقيدا لانه لما كان مشتركا كان متعارضا اه بيرى وفى الاشباه عن البزازية وكذا أى تفسد الاجارة لو دفع الى حائك غزلا على أن ينسجه بالثلث ومشايخ بلخ وخوارزم افتوا بجواز اجارة الحائك للعرف وبه أفتى أبو على النسفى أيضا والفتوى على جواب الكتاب لانه منصوص عليه فيلزم ابطال النص اه فأفاد أن عدم اعتباره بمعنى انه اذا وجد النص بخلافه لا يصلح ناسخا للنص ولا مقيدا له والا فقد اعتبروه فى مواضع كثيرة منها مسائل الايمان وكل عاقد وواقف وحالف يحمل كلامه على عرفه كما ذكره ابن الهمام وأفاد ما مر أيضا أن العرف العام يصلح مقيدا ولذا نقل البيرى فى مسألة الحائك المذكورة قال السيد الشهيد لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ بل نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين لان التعامل فى بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصدر الاول فيكون ذلك دليلا على تقرير النبى عليه الصلاة والسلام اياهم على ذلك فيكون شرعا منه فاذا لم يكن كذلك لا يكون فعلهم حجة الا اذا كان كذلك من الناس كافة فى البلدان كلها فيكون اجماعا والاجماع حجة ألا ترى انهم لو تعاملوا على بيع الخمر والربا لا يفتى بالحل اه قلت وبه ظهر الفرق بين العرف الخاص والعام وتمام الكلام على هذه المسألة مبسوط فى رسالتنا المسماة بنشر العرف فى بناء بعض الاحكام على العرف (قوله وعليه فيفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال) قال العلامة العينى فى فتاواه ليس للنزول شئ يعتمد عليه ولكن العلماء والحكام مشوا ذلك للضرورة واشترطوا امضاء الناظر لئلا يقع فيه نزاع اه ملخصا من حاشية الاشباه للسيد أبى السعود وذكر الحموى أن العينى ذكر فى شرح نظم درر البحار فى باب القسم بين الزوجات انه سمع من بعض شيوخه الكبار أنه يمكن أن يحكم بصحة النزول عن الوظائف الدينية قياسا على ترك المرأة قسمها لصاحبتها لان كلا منهما مجرد اسقاط اه قلت وقدمنا فى الوقف عن البحر أن للمتولى عزل نفسه عند القاضى وأن من العزل الفراغ لغيره عن وظيفة النظر أو غيره وانه لا ينعزل بمجرد عزل نفسه خلافا للعلامة قاسم بل لا بد من تقرير القاضى المفروغ له لو أهلا وأنه

لا يلزم القاضي تقريره ولو أهلا وأنه جرى العرف بالفراغ بالدراهم ولا يخفى ما فيه فينبغي الابراء العام بعده اهـ أي لما فيه من شبهة الاعتياض عن مجرّد الحق وقد مرّ أنه لا يجوز وليس فيما ذكر عن العيني جوازه لكن قال الحموي وقد استخرج شيخ مشايخنا نور الدين علي المقدسي صحة الاعتياض عن ذلك في شرحه على نظم الكنز من فرع في مبسوط السرخسي وهو أن العبد الموصى برقبته لشخص وبخدمته لآخر لو قطع طرفه او شج موضحة فأدى الارش فان كانت الجناية تنتقص الخدمة يشترى به عبد آخر يخدمه أو يضم اليه ثمن العبد بعد بيعه فيشترى به عبد يقوم مقام الاول فان اختلفا في بيعه لم يبع وان اصطلحا على قسمة الارش بينهما نصفين فلهما ذلك ولا يكون ما يستوفيه الموصى له بالخدمة من الارش بدل الخدمة لانه لا يملك الاعتياض عنها ولكنه اسقاط لحقه به كما لو صالح موصى له بالرقبة على مال دفعه للموصى له بالخدمة ليسلم العبد له اهـ قال فربما يشهد هذا للنزول عن الوظائف بمال اهـ قال الحموي فليحفظ هذا فانه نفيس جدا اهـ وذكر نحوه البيري عند قول الاشباه وينبغي انه لو نزل له وقبض المبلغ ثم أراد الرجوع عليه لا يملك ذلك فقال أي على وجه اسقاط الحق الحاقا له بالوصية بالخدمة والصلح عن الالف على خمسمائة فانهم قالوا يجوز أخذ العوض على وجه الاسقاط للحق ولا ريب أن الفارغ يستحق المنزول به استحقاقا خاصا بالتقرير ويؤيده ما في خزانة الاكمل وان مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له بدل الصلح فهو جائز اهـ ففيه دلالة على انه لا رجوع على النازل وهذا الوجه هو الذي يطمئن به القلب لقربه اهـ كلام البيري ثم استشكل ذلك بما مرّ من عدم جواز الصلح عن حق الشفعة والقسم فانه يمنع جواز أخذ العوض هنا ثم قال ولقائل أن يقول هذا حق جعله الشرع لدفع الضرر وذلك حق فيه صلة ولا جامع بينهما فافترقا وهو الذي يظهر اهـ وحاصله أن ثبوت حق الشفعة للشفيع وحق القسم للزوجة وكذا حق الخيار في النكاح للمخيرة انما هو لدفع الضرر عن الشفيع والمرأة وما ثبت لذلك لا يصح الصلح عنه لان صاحب الحق لما رضي علم انه لا يتضرر بذلك فلا يستحق شيأ أما حق الموصى له بالخدمة فليس كذلك بل ثبت له على وجه البرّ والصلة فيكون ثابتا له اصالة فيصح الصلح عنه اذا نزل عنه لغيره ومثله ما مرّ عن الاشباه من حق القصاص والنكاح والرق حيث صح الاعتياض عنه لانه ثابت لصاحبه اصالة لا على وجه رفع الضرر عن صاحبه ولا يخفى أن صاحب الوظيفه ثبت له الحق فيه بتقرير القاضي على وجه الاصالة لا على وجه رفع الضرر فالحاقها بحق الموصى له بالخدمة وحق القصاص وما بعده اولى من الحاقها بحق الشفعة والقسم وهذا كلام وجيه لا يخفى على نبيه وبه اندفع ما ذكره بعض محشي الاشباه من أن المال الذي يأخذه النازل عن الوظيفة رشوة وهي حرام بالنص والعرف لا يعارض النص وجه الدفع ما علمت من انه صلح عن حق كما في نظائره والرشوة لا تكون بحق واستدل بعضهم للجواز بنزول سيدنا الحسن ابن سيدنا علي رضي الله تعالى عنهما عن الخلافة لمعاوية على عوض وهو ظاهر أيضا وهذا أولى مما قدمناه في الوقف عن الخيرية من عدم الجواز ومن أن للمفروغ له الرجوع بالبدل بناء على أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص وانه لا يجوز الاعتياض عن مجرّد الحق لما علمت من أنّ الجواز ليس مبنيا على اعتبار العرف الخاص بل على ما ذكرنا من نظائره الدالة عليه وأن عدم جواز الاعتياض عن الحق ليس على اطلاقه ورأيت بخط بعض العلماء عن المفتي أبي السعود أنه أفتى بجواز أخذ العوض في حق القرار والتصرّف وعدم صحة الرجوع وبالجملة فالمسألة ظنية والنظائر متشابهة وللبحث فيها مجال وان كان الاظهر فيها ما قلنا فالاولى ما قاله في البحر من انه ينبغي الابراء العام بعده والله سبحانه اعلم (تنبيه) ما قلنا في الفراغ عن الوظيفة يقال مثله في الفراغ عن حق التصرّف في مشد مسكة الاراضي ويأتي بيانها قريبا وكذا في فراغ الزعيم عن تيماره ثم اذا فرغ عنه لغيره ولم يوجهه السلطان للمفروغ له بل أبقاه على الفارغ او وجهه لغيرهما ينبغي أن يثبت الرجوع للمفروغ له على الفارغ ببدل الفراغ لانه لم يرض بدفعه الا بمقابلة ثبوت ذلك الحق له لا بمجرّد الفراغ وان حصل لغيره وبهذا أفتى في الاسماعيلية والحامدية وغيرهما خلافا لما أفتى به بعضهم من عدم الرجوع لانّ الفارغ فعل ما في وسعه وقدرته اذ لا يخفى انه غير المقصود من الطرفين ولا سيما اذا ابقى السلطان أو القاضي التيمار أو الوظيفة على الفارغ فانه يلزم اجتماع العوضين في تصرّفه وهو خلاف قواعد الشرع فافهم والله سبحانه اعلم (**قوله** وبلزوم خلو الحوانيت) عبارة الاشباه اقول على اعتباره اي اعتبار العرف الخاص ينبغي أن يفتى بأن ما يقع في بعض اسواق القاهرة من خلو الحوانيت لازم ويصير الخلو

قوله يستحق المنزول به كذا رأيته والظاهر أن يقال المنزول عنه اهـ من خط المؤلف

وبلزوم خلو الحوانيت فليس لرب الحانوت اخراجه ولا اجارتها لغيره ولو وقفا انتهى ملخصا

مطلب في خلو الحوانيت

فى الحانوت حقا له فلا يملك صاحب الحانوت اخراجه منها ولا اجارتها لغيره ولو كانت وقفا وقد وقع فى حوانيت الجملون فى الغورية أن السلطان الغورى لما بناها أسكنها للتجار بالخلو وجعل لكل حانوت قدرا أخذه منهم وكتب ذلك بمكتوب الوقف اه وقد أعاد الشارح ذكر هذه المسألة قبيل كتاب الكفالة ثم قال قلت وأيده فى زواهر الجواهر بما فى واقعات الضريرى رجل فى يده دكان فغاب فرفع المتولى أمره للقاضى فأمره القاضى بفتحه واجارته ففعل المتولى ذلك وحضر الغائب فهو أولى بدكانه وان كان له خلو فهو أولى بخلوه أيضا وله الخيار فى ذلك فان شاء فسخ الاجارة وسكن فى دكانه وان شاء اجازها ورجع بخلوه على المستأجر ويؤمر المستأجر بأداء ذلك ان رضى به والا يؤمر بالخروج من الدكان اه بلفظه اه لكن قال السيد الحموى أقول مانقل عن واقعات الضريرى من ذكر لفظة الخلو فضلا عن أن يكون المراد بها ماهو المتعارف كذب فان الاثبات من النقلة كصاحب جامع الفصولين نقل عبارة الضريرى ولم يذكر فيها لفظ الخلو هذا وقد اشتهر نسبة مسألة الخلو الى مذهب الامام مالك والحال انه ليس فيه نص عنه ولا عن احد من أصحابه حتى قال البدر القرافى من المالكية انه لم يقع فى كلام الفقهاء التعرض لهذه المسألة وانما فيها فتيا للعلامة ناصر الدين اللقانى المالكى بناها على العرف وخرجها عليه وهو من أهل الترجيح فيعتبر تخريجه وان نوزع فيه وقد انتشرت فتياه فى المشارق والمغارب وتلقاها علماء عصره بالقبول اه قلت ورأيت فى فتاوى الكازرونى عن العلامة اللقانى انه لومات صاحب الخلو يوفى منه دينه ويورث عنه وينتقل لبيت المال عند فقد الوارث اه هذا وقد استدل بعضهم على لزومه وصحة بيعه عند تابعا فى الخانية رجل باع سكنى له فى حانوت لغيره فأخبر المشترى أن اجرة الحانوت كذا فظهر أنها اكثر من ذلك قالوا ليس له أن يرد السكنى بهذا العيب اه وللعلامة الشرنبلالى رسالة رد فيها على هذا المستدل بأنه لم يفهم معنى السكنى لان المراد بها عين مركبة فى الحانوت وهى غير الخلو ففى الخلاصة اشترى سكنى حانوت فى حانوت رجل مركبا وأخبره البائع أن أجرة الحانوت كذا فاذا هى اكثر ليس له أن يرد وفى جامع الفصولين عن الذخيرة شرى سكنى فى دكان وقف فقال المتولى ما أذنت له أى للبائع بوضعها فامره أى أمر المشترى بالرفع فلو شراه بشرط القرار يرجع على بائعه والافلا يرجع عليه بثمنه ولا بنقصانه اه ثم نقل عن عدة كتب مايدل على أن السكنى عين قائمة فى الحانوت ورد فيها أيضا على الاشباه بأن الخلو لم يقل به الامتأخر من المالكية حتى افتى بصحة وقفه ولزم منه أن أوقاف المسلمين صارت للكافرين بسبب وقف خلوها على كنائسهم وبأن عدم اخراج صاحب الحانوت لصاحب الخلو يلزم منه حجر الحر المكلف عن ملكه واتلاف ماله مع أن صاحب الخلو لا يعطى أجر المثل ويأخذ هو فى نظير خلوه قدرا كثيرا بل لا يجوز هذا فى الوقف وقد نصوا على أن من سكن الوقف يلزمه اجر المثل وفى منع الناظر من اخراجه تفويت نفع الوقف وتعطيل ماشرطه الواقف من اقامة شعائر مسجد ونحوها اه ملخصا قلت وماذكره حق خصوصا فى زماننا هذا وأما ما يتمسك به صاحب الخلو من انه اشترى خلوه بمال كثير وأنه بهذا الاعتبار تصير اجرة الوقف شيأ قليلا فهو تمسك باطل لان ما اخذه منه صاحب الخلو الاول لم يحصل منه نفع للوقف فيكون الدافع هو المضيع ماله فكيف يحل له ظلم الوقف بل يجب عليه دفع اجرة مثله وان كان له فيه شئ زائد على الخلو من بناء ونحوه مما يسمى فى عرفنا بالكدك وهو المراد من لفظ السكنى المار فاذا لم يدفع أجرة مثله يؤمر برفعه وان كان موضوعا باذن الواقف أو أحد النظار ويرجع هذا الى مسألة الارض المحتكرة المنقولة فى اوقاف الخصاف حيث قال حانوت أصله وقف وعمارته لرجل وهو لا يرضى أن يستأجر أرضه بأجر المثل قالوا ان كانت العمارة بحيث لو رفعت يستأجر الاصل بأكثر مما يستأجر صاحب البناء كلف رفعه ويؤجر من غيره والا يترك فى يده بذلك الاجر اه وقوله والا يترك فى يده يفيد أنه أحق من غيره حيث كان مايدفعه أجر المثل فهنا يقال ليس للمؤجر أن يخرجه ولا أن يأمره برفعه اذ ليس فى استبقائه ضرر على الوقف مع الرفق به بدفع الضرر عنه كما أوضحناه فى الوقف وعن هذا قال فى جامع الفصولين وغيره بنى المستأجر أوغرس فى أرض الوقف صار له فيها حق القرار وهو المسمى بالكردار له الاستبقاء بأجر المثل اه وفى الخيرية وقد صرح علماؤنا بأن لصاحب الكردار حق القرار وهو أن يحدث المزارع والمستأجر فى الارض بناء اوغرسا او كبسا بالتراب باذن الواقف أو الناظر فتبقى فى يده اه وقد يقال ان الدراهم التى دفعها صاحب الخلو للواقف واستعان بها على بناء الوقف شبيهة بكبس الارض بالتراب فيصير له

قوله يرجع على بائعه اى لان البيع اذا وقع بهذا الشرط يقع فاسدا والا فهو صحيح فلا رجوع له على البائع بشئ اه منه

مطلب فى الكدك

حق القرار فلا يخرج من يده اذا كان يدفع اجر المثل ومثله مالو كان يرمّ دكان الوقف ويقوم بلوازمها من ماله
باذن الناظر أما مجرد وضع اليد على الدكان ونحوها وكونه يستأجرها عدة سنين بدون شئ مما ذكره فهو غير
معتبر فللمؤجر اخراجها من يده اذا امضت مدة اجارته وايجارها لغيره كما أوضحناه فى رسالتنا تحرير العبارة
فى بيان من هو أحق بالاجارة وذكرنا حاصلها فى الوقف وعلى ماذكرناه من أن صاحب الخلو المعتبر أحق من
غيره لو استأجر بأجر المثل يحمل ماذكره فى الخيرية من الوقف حيث سئل فى الخلو الواقع فى غالب الاوقاف
المصرية والاوقاف الرومية فى الحوانيت وغيرها هل يصير حقا لازما لصاحب الخلو ويجوز بيع سكاه وشراؤه
واذا حكم به حاكم شرعى يمتنع على غيره من حكام الشرع الشريف نقضه ثم ذكر فى الجواب عبارة الاشباه
وواقعات الضريرى وماذكرناه من مسألة الارض المحتكرة ومسألة حق القرار ومسألة بيع السكنى ثم قال
أقول ليس الغرض بايراد هذه الجمل القطع بالحكم بل ليقع اليقين بارتفاع الخلاف بالحكم حيث استوفى شرائطه
من مالكى يراه او غيره صح ولزم وارتفع الخلاف خصوصا فيما للناس اليه ضرورة لاسيما فى المدن المشهورة
كمصر ومدينة الملك فانهم يتعاطونه ولهم فيه نفع كلى ويضربهم نقضه واعدامه فلربما يفعله تكثر الاوقاف ألا ترى
الى مافعله الغورى كما مرّ ومما بلغنى أنّ بعض الملوك عمر مثل ذلك باموال التجار ولم يصرف عليه من ماله
الدرهم والدينار وكان صلى الله عليه وسلم يحب ماخفف عن امته والدين يسر ولا مفسدة فى ذلك فى الدين
ولا عار به على الموحدين والله تعالى اعلم اه ملخصا وممن أفتى بلزوم الخلو الذى يكون بمقابلة دراهم يدفعها
للمتولى او المالك العلامة المحقق عبد الرحمن افندى العمادى صاحب هدية ابن العماد وقال فلا يملك صاحب
الحانوت اخراجه ولا اجارتها لغيره مالم يدفع له المبلغ المرقوم فيفتى بجواز ذلك للضرورة قياسا على بيع الوفاء
الذى تعارفه المتأخرون احتيالا على الربا الخ قلت وهو مقيد أيضا بما قلنا بما اذا كان يدفع أجر المثل والا كانت
سكناه بمقابلة مادفعه من الدراهم عين الربا كما قالوا فيمن دفع للمقرض دارا ليسكنها أو حمارا ليركبه الى أن
يستوفى قرضه انه يلزمه أجرة مثل الدار أو الحمار على أن ما يأخذه المتولى من الدراهم ينتفع به لنفسه فلو لم يلزم
صاحب الخلو أجرة المثل للمستحقين يلزم ضياع حقهم اللهم الا أن يكون ماقبضه المتولى صرفه فى عمارة
الوقف حيث تعين ذلك طريقا الى عمارته ولم يوجد من يستأجره باجرة المثل مع دفع ذلك المبلغ اللازم للعمارة
فحينئذ قد يقال بجواز سكاه بدون أجرة المثل للضرورة ومثل ذلك يسمى فى زماننا مرصدا كما قدمناه فى الوقف
والله سبحانه اعلم بقى طريق معرفة أجر المثل وينبغى أن يقال فيه انا ننظر الى مادفعه صاحب الخلو للواقف
أو المتولى على الوجه الذى ذكرناه والى ما ينفقه فى مرمة الدكان ونحوها فاذا كان الناس يرغبون فى دفع جميع
ذلك لصاحب الخلو ومع ذلك يستأجرون الدكان بمائة مثلا فالمائة هى أجرة المثل ولا ينظر الى مادفعه هو الى
صاحب الخلو السابق من مال كثير طمعا فى أن أجرة هذه الدكان عشرة مثلا كما هو الواقع فى زماننا لان مادفعه
من المال الكثير لم يرجع منه نفع للوقف أصلا بل هو محض ضرر بالوقف حيث لزم منه استئجار الدكان بدون
اجرتها بغبن فاحش وانما ينظر الى مايعود نفعه الى الوقف فقط كما ذكرنا نعم جرت العادة أن صاحب الخلو حين
يستأجر الدكان بالاجرة اليسيرة يدفع للناظر دراهم تسمى خدمة هى فى الحقيقة تكملة أجرة المثل أو دونها
وكذا اذا مات صاحب الخلو أو نزل عن خلوه لغيره يأخذ الناظر من الوارث أو المنزول له دراهم تسمى تصديقا
فهذه تحسب من الاجرة أيضا ويجب على الناظر صرفها الى جهة الوقف كما قدمناه فى كتاب الوقف فى مسألة
العوايد العرفية والله سبحانه وتعالى أعلم (تنبيه) ذكر السيد محمد ابو السعود فى حاشيته على الاشباه
أن الخلو يصدق بالعين المتصل اتصال قرار وبغيره وكذا الجدك المتعارف فى الحوانيت المملوكة ونحوها
كالقهاوى تارة يتعلق بماله حق القرار كالبناء بالحانوت وتارة يتعلق بما هو أعمّ من ذلك والذى يظهر أنه كالخلو
فى الحكم بجامع وجود العرف فى كل منهما والمراد بالمتصل اتصال قرار ما وضع لا ليفصل كالبناء ولا فرق
فى صدق كل من الخلو والجدك به وبالمتصل لا على وجه القرار كالخشب الذى يركب بالحانوت لوضع عدة الحلاق
مثلا فان الاتصال وجد لكن لا على وجه القرار وكذا يصدقان بمجرد المنفعة المقابلة للدراهم لكن ينفرد الجدك
بالعين الغير المتصلة اصلا كالبكارج والفناجين بالنسبة للقهوة والقشة والفوط بالنسبة للحمام والشونة بالنسبة
للفرن وبهذا الاعتبار يكون الجدك أعمّ بقى لو كان الخلو بناء أو غراسا بالارض المحتكرة أو المملوكة يجرى فيه حق

مطلب

في بيان مشد المسكة

وفي معين المفتي للمصنف معزيا للولوالجية عمارة في ارض بيعت فان بناء اوأشجارا جازوان كرابا أوكرى انهار اونحوه مما لم يكن ذلك بمال ولا بمعنى مال لم يجز انتهى قلت ومفاده أنّ بيع المسكة لايجوزوكذارهنها ولذا جعلوه الآن فراغا كالوظائف فليحرر انتهى وسنذكره في بيع الوفاء (وينعقد) أيضا (بلفظ واحد كما في بيع) القاضي والوصي و (الاب من طفله وشرائه منه) فانه لوفور شفقته جعلت عبارته كعبارتين

مطلب

في انعقاد البيع بلفظ واحد من الجانبين

قوله أي بيعه مال اليتيم من يتيم آخر الخ أقول ما نقل عن البدائع مخالف لما هو المنقول عن الائمة المعتبرين كالفقيه أبي جعفر الطحاوي احد المجتهدين في المسائل والقاضي أبي جعفر الاستروشني وغيرهما ففي احكام الصغار نقلا عن القاضي أبي جعفر القاضي اذا باع مال احد اليتيمين من الآخر وكذا الاب والوصي لوفعل لايجوز بالاتفاق وذكر رشيد الدين في فتاواه القاضي في بيع مال احد الصغيرين من الآخر مثل الوصي بخلاف الأب وفي الحاصل من شرح الطحاوي لايجوز من الوصي بيع مال احد اليتيمين من الآخر ويجوز ذلك من الاب اذا لم يفحش الغبن اه اذا علمت ذلك ظهر لك انه لاوجه لالحاقه بالاب هنا ٢

الشفعة لانه لما اتصل بالارض اتصال قرار التحق بالعقار اه قلت ما ذكره من جريان الشفعة فيه سهو ظاهر لمخالفته المنصوص عليه في كتب المذهب كما سيأتي في بابها ان شاء الله تعالى فافهم هذا غاية ما تحرر لي في مسألة الخلو فاغتنمه فانه مفرد وقد أوضحنا الفرق في باب مشد المسكة من تنقيح الفتاوى الحامدية بين المشد والخلو والجدك والقيمة والمرصد المتعارفة في زماننا ايضاحا لايوجد في غير ذلك الكتاب والحمد لله الملك الوهاب (قوله وفي معين المفتي الخ) أفاد به أن الخلو اذا لم يكن عينا قائمة لايصح بيعه (قوله جاز) ترك قيدا ذكره في معين المفتي وهو قوله اذا لم يشترط تركها اه ومثله في الخانية أي لانه شرط مفسد للبيع (قوله وان كرابا أوكرى انهار) في المغرب كرب الارض كرابا قلبها للحرث من باب طلب وكريت النهر كريا حفرته (قوله ولا بمعنى مال) لعل المراد به التراب المسمى كبسا وهو ما تكبس به الارض أي تطم وتسوى فتأمل وفي ط هو كالسكنى في الارض الموقوفة بطريق الخلو وكالجدك على ما سلف (قوله ومفاده أنّ بيع المسكة لايجوز) لانها عبارة عن كراب الارض وكرى انهارها سميت مسكة لان صاحبها صار له مسكة بها بحيث لاتنزع من يده بسببها وتسمى أيضا مشد مسكة لان المشد من الشدة بمعنى القوة أي قوة التمسك ولها أحكام مبنية على أوامر سلطانية أفتى بها علماء الدولة العثمانية ذكرت كثيرا منها في بابها من تنقيح الفتاوى الحامدية منها انها لاتورث وانما توجه للابن القادر عليها دون البنت وعند عدم الابن تعطى للبنت فان لم توجد فللاخ لاب فان لم يوجد فللاخت الساكنة في القرية فان لم توجد فللام وذكر الشارح في خراج الدر المنتقى انها تنتقل للابن ولا تعطى البنت حصة وان لم يترك ابنا بل بنتا لايعطيها ويعطيها صاحب التيمار لمن أراد وفي سنة ثمانية وخمسين وتسعمائة في مثل هذه الاراضي التي تحيى وتفلح بعمل وكلفة دراهم فعلى تقدير أن تعطى للغير بالطابو فالبنات لما كان يلزم حرمانهن من المال الذي صرفه أبوهن ورد الامر السلطاني بالاعطاء لهن لكن تنافس الاخت البنت في ذلك فيؤتى بجماعة ليس لهن غرض فأي مقدار قدروا به الطابو تعطيه البنات ويأخذن الارض اه ونقل في الحامدية انه اذا وقع التفويض بلا اذن صاحب الارض يعني التيماري الذي وجه السلطان له أخذ خراجها لاتزول الارض عن يد المفوض حقيقة فكانت في يد المفوض اليه عارية واذا كانت الارض وقفا فتفويضها متوقف على اذن الناظر لا على اجازة التيمار ولا تؤجر ممن لامسكة له مع وجوده بدون وجه شرعي واذا زرع اجنبي فيها بلا اذن صاحب المسكة يؤمر بقلع الزرع ويسقط حق صاحبها منها بتركها ثلاث سنوات اختيارا اه فافهم (قوله ولذا جعلوه) أي جعلوا بيعها والمراد به الخروج عنها يعني أنّ المسكة لما لم تكن مالا متقوما لايمكن بيعها فاذا أراد صاحبها النزول عنها للغير بعوض جعلوا ذلك بطريق الفراغ كالنزول عن الوظائف وقدمنا عن المفتي أبي السعود أنه أفتى بجوازه وكأنّ الشارح لم يطلع على ذلك فأمر بتحريره والله سبحانه اعلم (قوله وسنذكره في بيع الوفاء) اى قبيل كتاب الكفالة والذي ذكره هناك هو النزول عن الوظائف ومسألة الخلو ولم يتعرض هناك للمسكة (قوله وينعقد أيضا) أى كما ينعقد بايجاب وقبول منهما اوبتعاط من الجانبين ط (قوله بلفظ واحد) ظاهره انه لايكون بالتعاطي هنا (قوله كما في بيع القاضي) أى بيعه مال اليتيم من يتيم آخر أوشرائه له كذلك اما عقده لنفسه فلا يجوز لانّ فعله قضاء وقضاؤه لنفسه باطل أفاده في البحر جامعا بذلك بين ما في البدائع من الجواز وما في الخزانة من عدمه ط (قوله والوصي) اى اذا اشترى لليتيم من مال نفسه اولنفسه منه بشرطه المعروف وقيده في نظم الزندويسي بما اذا لم يكن نصبه القاضي اه فتح أي لان وصي القاضي وكيل محض والوصي لايملك البيع اوالشراء لنفسه خلاصة واراد بالشرط المعروف الخيرية وهي في الشراء من مال اليتيم لنفسه أن يكون ما يساوي عشرة بخمسة عشر وفي البيع منه بالعكس وقيل يكتفي بدرهمين في العشرة والاول المعتمد كما قدمناه قبيل البيوع (قوله والاب من طفله) ولاتشترط فيه الخيرية كما في البحر وزاد فيمن يتولى العقد من الطرفين العبد اذا اشترى نفسه من مولاه بأمره والرسول من الجانبين بخلاف الوكيل منهما اه زاد في الدرر قوله وكذا لوقال بعت منك هذا بدرهم فقبضه المشتري ولم يقل شيأ ينعقد البيع اه وقال في العزمية والظاهر أن هذا من باب التعاطي اه وفيه نظر لان بيع التعاطي ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط كما قدمناه عن الفتح وقدمنا عنه أنّ القبول يكون بالقول والفعل وأنّ القبض قبول فحينئذ لم يوجد انفراد أحدهما بالعقد (قوله فانه لوفور شفقته الخ) أى

ووصي الاب نائب عنه فله حكمه ولذا سكت عنه وأما القاضي فكذلك (قوله وتمامه في الدرر) ذكرها بعد عبارة الشارح ما نصه فلم يحتج الى القبول وكان أصيلا في حق نفسه ونائبا عن طفله حتى اذا بلغ كانت العهدة عليه دون أبيه بخلاف ما اذا باع مال طفله من أجنبي فبلغ كانت العهدة على أبيه فاذا لزم عليه الثمن في صورة شرائه لا يبرأ عن الدين حتى ينصب القاضي وكيلا يقبضه للصغير فيرده على أبيه فيكون أمانة عنده اه (قوله قبل الآخر) بكسر الباء من القبول المقابل للايجاب وقوله أو ترك عطف عليه أي يخير الآخر بين القبول والترك في المجلس ما دام الموجب على ايجابه فلو رجع عنه قبل القبول بطل كما يأتي ولا بد أيضا من كون القبول في المجلس وكونه موافقا للايجاب كما نبه عليه وكونه في حياة الموجب فلو مات قبله بطل الا في مسألة على ما فهمه في البحر وردّه في النهر بأنه لا استثناء فراجعه وكونه قبل ردّ المخاطب الايجاب وكونه قبل تغير المبيع فلو قطعت يد الجارية بعد الايجاب وأخذ البائع ارشها لم يصح قبول المشتري كما في الخانية بحر والظاهر أن التقييد بأخذ الارش اتفاقي نهر قلت ويؤيده قول التتارخانية ودفع ارش اليد الى البائع او لم يدفع (قوله في المجلس) حتى لو تكلم البائع مع انسان في حاجة له فانه يبطل بحر فالمراد بالمجلس ما لا يوجد فيه ما يدل على الاعراض وأن لا يشتغل بمفوّت له فيه وان لم يكن للاعراض أفاده في النهر فان وجد بطل ولو اتحد المكان ط (قوله كل المبيع بكل الثمن) بيان لاشتراط موافقة القبول للايجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه فان خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعضه أو بغير ما أوجبه او ببعضه لم ينعقد الا في الشفعة كما قدمناه في شروط العقد والا فيما اذا كان الايجاب من المشتري فقبل البائع بأنقص من الثمن صح وكان حطا او كان من البائع فقبل المشتري بأزيد صح وكان زيادة ان قبلها في المجلس لزمت أفاده في البحر وذكر أن هبة الثمن بعد الايجاب قبل القبول تبطل الايجاب وقيل لا ويكون ابراء وسكوت المشتري عن الثمن مفسد للبيع اه (قوله لئلا يلزم تفريق الصفقة) هي ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه مغرب قال في البحر ولا بد من معرفة ما يوجب اتحادها وتفريقها وحاصل ما ذكروه أن الموجب اذا اتحد وتعدد المخاطب لم يجز التفريق بقبول أحدهما بائعا كان الموجب او مشتريا وعلى عكسه لم يجز القبول في حصة أحدهما وان اتحدا لم يصح قبول المخاطب في البعض فلم يصح تفريقها مطلقا في الاحوال الثلاثة لاتحاد الصفقة في الكل وكذا اذا اتحد العاقدان وتعدد المبيع كأن يوجب في مثليين او قيمي ومثلي لم يجز تفريقها بالقبول في أحدهما الا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون فيكون القبول ايجابا والرضى قبولا وبطل الايجاب الاول فان كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز فلو بين ثمن كل واحد فلا يخلو اما أن يكرر لفظ البيع فالاتفاق على انه صفقتان فاذا قبل في احدهما يصح كقوله بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف واما أن لا يكرره وفصل الثمن فظاهر الهداية التعدد وبه قال بعضهم ومنعه الآخرون وحملوا كلامه على ما اذا كرر لفظ البيع وقيل ان اشتراط تكراره للتعدد استحسان وهو قول الامام وعدمه قياس وهو قولهما ورجحه في الفتح بقوله والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر أن فائدته ليس الا قصده بأن يبيع منه ايهما شاء والا فلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه الا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل اه واعلم أن تفصيل الثمن انما يجعلهما عقدين على القول به اذا كان الثمن منقسما عليهما باعتبار القيمة أما اذا كان منقسما عليهما باعتبار الاجزاء كالقفيزين من جنس واحد فان التفصيل لا يجعله في حكم عقدين للانقسام من غير تفصيل فلم يعتبر التفصيل كما في شرح المجمع للمصنف وهو تقييد حسن اه ما في البحر وتمام الكلام فيه (قوله الا اذا أعاد الايجاب والقبول) كأن قال اشتريت نصف هذا المكيل بكذا وقبل الآخر فيكون بيعا مستأنفا لوجود ركنيه وبطل الاول (قوله او رضي الآخر) أي بدون اعادة الايجاب فيكون القبول ايجابا والرضى قبولا كما مر (قوله كمكيل وموزون) أدخلت الكاف العبد الواحد كما سلف ذكره في عبارة البحر ط ووجه الصحة انه اذا كان الثمن منقسما عليهما باعتبار الاجزاء تكون حصة كل بعض معلومة (قوله والالا) أي وان يكن الثمن منقسما عليهما كذلك بل كان منقسما باعتبار القيمة كما اذا كان المبيع عبدين او ثوبين لا يصح القبول في احدهما وان رضي الآخر لجهالة ما يخص احدهما من الثمن (قوله لعدم جواز البيع بالحصة ابتداء) صورته ما اذا قال بعت منك هذا العبد بحصته من

---

٢ وكذلك الوصي فانه وان جاز بيعه وشراؤه منه بشرط الخيرية لكن لا تكفي عبارته عن عبارتين كما هو مصرح به في الخانية والبزازية وغيرهما كتبه خويدمه عبد الغني الغنيمي هكذا وجد بهامش نسخة المؤلف اه

وتمامه في الدرر (واذا أوجب واحد قبل الآخر) بائعا كان او مشتريا (في المجلس) لان خيار القبول مقيد به (كل المبيع بكل الثمن او ترك) لئلا يلزم تفريق الصفقة (الا اذا) اعاد الايجاب والقبول أو رضي الآخر وكان الثمن منقسما على المبيع بالاجزاء كمكيل وموزون والا لا وان رضي الآخر لعدم جواز البيع بالحصة ابتداء

مطلب في بيان ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها

قوله أي وان يكن الثمن الخ هكذا بخطه ولعل صوابه وان لا يكن الخ بدليل الاضراب بعده تأمل اه مصححه

الالف الموزع على قيمته وقيمة ذلك العبد الآخر فانه باطل لجهالة الثمن وقت البيع كذا فى فصل قصر العام من التلويح عزمية وقوله ابتداء خرج به ما اذا عرض البيع بالحصة بأن باعه الدار بقامها فاستحق بعضها ورضى المشترى بالباقى فانه يصح لعروض البيع بالحصة انتهاء وقد علمت أن محل عدم الجواز فيما اذا لم يكرر الثمن ولفظ البيع أو يفصل الثمن فقط على ماذهب اليه صاحب الهداية ط (قوله كما حرره الوانى) لم يذكر الوانى فى هذا المحل تحريرا ط (قوله او بين ثمن كل) أى فيما اذا كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالقيمة كعبدين وثوبين (قوله وان لم يكرر لفظ بعت) لانه بمجرد تفصيل الثمن تتعدد الصفقة على ما هو ظاهر الهداية كامر (قوله وهو المختار) تقدم وجه ترجيحه عن الفتح (قوله بطل الايجاب ان رجع الموجب الخ) قال فى البحر والحاصل أن الايجاب يبطل بما يدل على الاعراض وبرجوع أحدهما عنه وبموت أحدهما ولذا قلنا ان خيار القبول لا يورث وبتغير المبيع بقطع يد وتخلل عصير وزيادة بولادة وهلاكه بخلاف ما اذا كان بعد قلع عينه بآفة سماوية أو بعدما وهب للمبيع هبة كما فى المحيط وقدمنا انه يبطل بهبة الثمن قبل قبوله فأصل ما يبطله سبعة فليحفظ اه (قوله قبل القبول) وكذا معه فلو خرج القبول ورجوع الموجب معا كان الرجوع اولى كما فى الخانية بحر (قوله وان لم يذهب عن مجلسه على الراجح) وقيل لا يبطل ما دام فى مكانه بحر ويبطل بالقيام وان كان لمصلحة لامعرضا كما فى القنية قال فى النهر واختلاف المجلس باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر كالأكل الا اذا كان لقمة وشرب الا اذا كان الاناء فى يده ونوم الا أن يكونا جالسين وصلاة الا اتمام الفريضة اوشفع نفلا وكلام ولو لحاجة ومشى مطلقا فى ظاهر الرواية حتى لو تبايعاوهما يمشيان اويسيران ولو على دابة واحدة لم يصح واختار غير واحد كالطحاوى انه ان أجاب على فور كلامه متصلا جاز وصححه فى المحيط وقال فى الخلاصة لو قبل بعد ما مشى خطوة أوخطوتين جاز وفى مجمع التفاريق وبه نأخذ وفى المجتبى المجلس المتحد أن لا يشتغل احد المتعاقدين بغير ما عقد له المجلس أو ما هو دليل الاعراض والسفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانها لانهما لا يملكان ايقافها اه ملخصا ط وفى الجوهرة لو كان قائما فقعد لم يبطل بحر وكذا لو ناما جالسين لا لو مضطجعين أو أحدهما فتح تأمل (قوله فانه كمجلس خيار المخيرة) أى التى ملكها زوجها طلاقها بقوله لها اختارى نفسك وفى البحر عن الحاوى القدسى ويبطل مجلس البيع بما يبطل به خيار المخيرة اه وهذا أولى لان خيارها يقتصر على مجلسها خاصة لا على مجلس الزوج بخلاف البيع فانه يقتصر على مجلسهما كما فى البحر عن غاية البيان (قوله وكذا سائر التمليكات فتح) لم يذكر فى الفتح الاخيار المخيرة ط وفى البحر قيد بالبيع لان الخلع والعتق على مال لا يبطل الايجاب فيه بقيام الزوج والمولى لكونه يمينا ويبطل بقيام المراة والعبد لكونه معاوضة فى حقهما كما فى النهاية اه (قوله خلافا للشافعى) وبقوله قال احمد وبقولنا قال مالك كما فى الفتح (قوله وحديثه) أى الخيار أو الشافعى وقد روى بروايات متعددة كما فى الفتح منها ما فى البخارى من حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون البيع خيارا ط (قوله محمول على تفرق الاقوال) هو أن يقول الآخر بعد الايجاب لا اشترى أو يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مرادا به تفرق أقوالهم كثير فى الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على اثنتين وسبعين فرقة وستفترق امتى على ثلاث وسبعين فرقة فتح (قوله اذ الاحوال ثلاثة الخ) لان حقيقة المتبايعين المشتغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجاز والمتشاغلان بمعنى المتساومين يصدق عند ايجاب أحدهما قبل قبول الآخر انهما متبايعان فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا حمل ابراهيم النخعى رحمه الله تعالى لا يقال هذا أيضا مجاز لان الثابت قبل قبول الآخر بائع واحد لا متبايعان لانا نقول هذا من المواضع التى تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ ولانا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هنا يتبايعان على وجه التبادر الا انهما مشتغلان بأمر البيع متراوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقى والحمل على الحقيقى متعين فيكون الحديث لنفى توهم انهما اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم اوجب احدهما البيع يلزم الآخر من غير ان يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضى السابق على أن السمع والقياس معضدان للمذهب أما السمع فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى

مطلب
مايبطل الايجاب سبعة

كما حرره الوانى او (بين ثمن كل) كقوله بعتهما كل واحد بمائة وان لم يكرر لفظ بعت عند أبى يوسف ومحمد وهو المختار كما فى الشرنبلالية عن البرهان (وما لم يقبل بطل الايجاب ان رجع الموجب) قبل القبول (او قام احدهما) وان لم يذهب (عن مجلسه) على الراجح نهر وابن الكمال فانه كمجلس خيار المخيرة وكذا سائر التمليكات فتح (واذا وجد الزم البيع) بلا خيار الا لعيب اورؤية خلافا للشافعى وحديثه محمول على تفرق الاقوال اذ الاحوال ثلاثة قبل قولهما وبعده وبعد أحدهما

قوله الا انهما الخ لعل الصواب اسقاط الا أو زيادة لا قبل قوله نفهم تأمل اه مصححه

لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض من غير توقف على التخيير فقد أباح الله تعالى أكل المشترى قبل التخيير وقوله تعالى وأشهدوا اذا تبايعتم أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضى فكذا البيع وتمامه فى المنح والفتح ط (قوله مجازا الاول) أى باعتبار ما يؤول اليه عاقبته ط عن المنح مثل انى أرانى اعصر خمرا (قوله مجاز الكون) أى باعتبار ما كان عليه من قبل مثل وآتوا اليتامى أموالهم (قوله وشرط لصحته معرفة قدر مبيع وثمن) ككر حنطة وخمسة دراهم او اكرار حنطة فخرج مالو كان قدر المبيع مجهولا أى جهالة فاحشة فانه لا يصح وقيدنا بالفاحشة لما قالوه لو باعه جميع ما فى هذه القرية أو هذه الدار والمشترى لا يعلم ما فيها لا يصح لفحش الجهالة أما لو باعه جميع ما فى هذا البيت او الصندوق او الجوالق فانه يصح لان الجهالة يسيرة قال فى القنية الا اذا كان لا يحتاج معه الى التسليم والتسلم فانه يصح بدون معرفة قدر المبيع كمن اقر أن فى يده متاع فلان غصبا او وديعة ثم اشتراه جاز وان لم يعرف مقداره اهـ ومعرفة الحدود تغنى عن معرفة المقدار ففى البزازية باعه ارضا وذكر حدودها لا ذرعها طولا وعرضا جاز وكذا ان لم يذكر الحدود ولم يعرفه المشترى اذا لم يقع بينهما تجاحد وفيها جهل البائع معرفة المبيع لا يمنع وجهل المشترى يمنع اهـ وعلى هذا تفرع ما فى القنية لك فى يدى ارض خربة لا تساوى شيأ فى موضع كذا فبعها منى بستة دراهم فقال بعتها ولم يعرفها البائع وهى تساوى اكثر من ذلك جاز ولم يكن ذلك بيع المجهول لانه لما قال لك فى يدى ارض صار كانه قال ارض كذا وفى المجمع لو باعه نصيبه من دار فعلم العاقدين شرط اى عند الامام ويجيزه أى أبو يوسف مطلقا وشرط أى محمد علم المشترى وحده وفى الخانية اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات قال ابو يوسف ان كانت القربة بعينها جاز لمكان التعامل وكذا الراوية والجرة وهذا استحسان وفى القياس لا يجوز اذا كان لا يعرف قدرها وهو قول الامام وخرج أيضا مالو كان الثمن مجهولا كالبيع بقيمته او برأس ماله أو بما اشتراه او بمثل ما اشتراه فلان فان علم المشترى بالقدر فى المجلس جاز ومنه ايضا مالو باعه بمثل ما يبيع الناس الا أن يكون شيأ لا يتفاوت نهر (قوله ووصف ثمن) لانه اذا كان مجهول الوصف تتحقق المنازعة فالمشترى يريد دفع الادون والبائع يطلب الارفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد نهر (تنبيه) ظاهر كلامه كالكنز يعطى أن معرفة وصف المبيع غير شرط وقد نفى اشتراطه فى البدائع فى المبيع والثمن وظاهر الفتح اثباته فيهما ووفق فى البحر بحمل ما فى البدائع على المشار اليه او الى مكانه وما فى الفتح على غيره لكن حقق فى النهر أن ما فهمه من الفتح وهم فاحش لان كلام الفتح فى الثمن فقط قلت وظاهره الاتفاق على اشتراط معرفة القدر فى المبيع والثمن وانما الخلاف فى اشتراط الوصف فيهما وللعلامة الشرنبلالى رسالة سماها نفيس المتجر بشراء الدرر حقق فيها أن المبيع المسمى جنسه لا حاجة فيه الى بيان قدره ولا وصفه ولو غير مشار اليه أو الى مكانه لان الجهالة المانعة من الصحة تنتفى بثبوت خيار الرؤية لانه اذا لم يوافقه يرده فلم تكن الجهالة مفضية الى المنازعة واستدل على ذلك بفروع صححوا فيها البيع بدون بيان قدر ولا وصف منها ما قدمناه من صحة بيع جميع ما فى هذا البيت او الصندوق وشراء ما فى يده من غصب او وديعة وبيع الارض مقتصرا على ذكر حدودها وشراء الارض الخربة المارة عن القنية ومنها ما قالوا لو قال بعتك عبدى وليس له الا عبد واحد صح بخلاف بعتك عبدا بدون اضافة فانه لا يصح فى الاصح ومنها لو قال بعتك كرا من الحنطة فان لم يكن كل الكر فى ملكه بطل ولو بعضه فى ملكه بطل فى المعدوم وفسد فى الموجود ولو كله فى ملكه لكن فى موضعين أو من نوعين مختلفين لا يجوز ولو من نوع واحد فى موضع واحد جاز وان لم يضف البيع الى تلك الحنطة وكذا لو قال بعتك ما فى كمى فعامتهم على الجواز وبعضهم على عدمه وأول قول الكنز ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن بأن لفظ قدر غير منون مضافا لما بعده من الثمن مثل قول العرب بعتك بنصف وربع درهم قلت ما ذكره من الاكتفاء بذكر الجنس عن ذكر القدر والوصف يلزم عليه صحة البيع فى نحو بعتك حنطة بدرهم ولا قائل به ومثله بعتك عبدا او دارا وما قاله من انتفاء الجهالة بثبوت خيار الرؤية مدفوع بأن خيار الرؤية قد يسقط برؤية بعض المبيع فتبقى الجهالة المفضية الى المنازعة وكذا قد يبطل خيار الرؤية قبلها

والطلاق المتبايعين فى الاول مجازا الاول وفى الثانى مجاز الكون وفى الثالث حقيقة فيحمل عليه (وشرط لصحته معرفة قدر) مبيع وثمن (ووصف ثمن)

قوله جاز ولم يكن ذلك بيع المجهول قال الخير الرملى لم يذكر خيار الغبن للبائع ولا شك أن له ذلك على ما عليه الفتوى حيث كان الغبن فاحشا للتغرير وقد افتيت به فى مثل ذلك مرارا والله سبحانه أعلم اهـ قلت وبه صرح فى الحاوى اهـ منه

بنحو بيع اورهن لما اشتراه كما سيأتى بيانه فى بابها ولذا قال المصنف هنا لصح البيع والشراء لما لم يره والاشارة اليه اوالى مكانه شرط الجواز اه فأفاد أن انتفاء الجهالة بهذه الاشارة شرط جواز أصل البيع ليثبت بعده خيار الرؤية نعم صحح بعضهم الجواز بدون الاشارة المذكورة لكنه محمول على ما اذا حصل انتفاء الجهالة بدونها ولذا قال فى النهاية الاصح شراء ما لم يره يعنى شيأ مسمى موصوفا اومشارا اليه او الى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم اه وقال فى العناية قال صاحب الاسرار لان كلامنا فى عين هى بحالة لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اه وفى حاوى الزاهدى باع حنطة قدرا معلوما ولم يعينها لا بالاشارة ولا بالوصف لا يصح اه هذا والذى يظهر من كلامهم تفريعا وتعليلا أن المراد بمعرفة القدر والوصف ما ينفى الجهالة الفاحشة وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره وذلك بالاشارة اليه لو حاضرا فى مجلس العقد والافبيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات كبعتك كر حنطة بلدية مثلا بشرط كونه فى ملكه او ببيان مكانه الخاص كبعتك ما فى هذا البيت او ما فى كمى او باضافته الى البائع كبعتك عبدى ولا عبد له غيره أو ببيان حدود أرض ففى كل ذلك تنتفى الجهالة الفاحشة عن المبيع وتبقى الجهالة اليسيرة التى لا تنافى صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية فان خيار الرؤية انما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته فاغتنم تحقيق هذا المقام بما يرفع الظنون والاوهام ويندفع به التناقض واللوم عن عبارات القوم (قوله كمصرى اودمشقى) ونظيره اذا كان الثمن من غير النقود كالحنطة لابد من بيان قدرها ووصفها ككر حنطة بحرية اوصعيدية كما افاده الكمال وحققه فى النهر (قوله غير مشار اليه) أى الى ما ذكر من المبيع والثمن قال فى البحر لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز اه (قوله لا يشترط ذلك فى مشار اليه) قال فى البحر وقوله غير مشار قيد فيهما لان المشار اليه مبيعا كان أو ثمنا لا يحتاج الى معرفة قدره ووصفه فلو قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة او هذه الكورجة من الأرز والشاشات وهى مجهولة العدد بهذه الدراهم التى فى يدك وهى مرئية له فقبل جاز ولزم لان الباقى جهالة الوصف يعنى القدر وهو لا يضر اذ لا يمنع من التسليم والتسلم اه (قوله ما لم يكن) أى المشار اليه ربويا قوبل بجنسه أى وبيع مجازفة مثل بعتك هذه الصبرة من الحنطة بهذه الصبرة قال فى البحر فانه لا يصح لاحتمال الربا واحتماله مانع كحقيقته (قوله أو سلما) أراد به المسلم فيه بقرينة ما بعده لكنه لا حاجة لذكره لان المسلم فيه مؤجل غير حاضر فلا يصح أن يكون مشارا اليه والكلام فيه (قوله لو مكيلا اوموزونا) فلا تكفى الاشارة اليه كما فى مذروع وحيوان خلافا لهما لانه ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال وقد ينفق بعضه ثم يجد باقيه معيبا فيرده ولا يستبدله رب السلم فى مجلس الرد فينفسخ العقد فى المردود ويبقى فى غيره فتلزم جهالة المسلم فيه فيما بقى فوجب بيانه كما سيجىء فى باب السلم (قوله خير) أى البائع والذى فى الفتح والبحر عدم التخيير وعبارة الفتح ولو قال اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها بخلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم فى البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشتريت بما فى هذه الخابية ثم رأى الدراهم التى كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفى الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت فى النقود اه ط (قوله وصح بثمن حال) بتشديد اللام قال فى المصباح حل الدين يحل بالكسر حلولا اه قيد بالثمن لان تأجيل المبيع المعين لا يجوز ويفسده بحر واعلم أن كلا من النقدين ثمن ابدا والعين الغير المثلى مبيع ابدا وكل من المكيل والموزون الغير النقد والعددى المتقارب ان قوبل بكل من النقدين كان مبيعا أو قوبل بعين فان كان ذلك المكيل والموزون المتقارب متعينا كان مبيعا أيضا وان كان غير متعين فان دخل عليه حرف الباء مثل اشتريت هذا العبد بكر حنطة كان ثمنا وان استعمل استعمال المبيع كان سلما مثل اشتريت منك كر حنطة بهذا العبد فلا بد من رعاية شرائط السلم غرر الاذكار شرح درر البحار وسيأتى له زيادة بيان فى آخر الصرف (قوله وهو الاصل) لان الحلول مقتضى العقد وموجبه والاجل لا يثبت الا بالشرط بحر عن السراج (قوله لئلا يفضى الى النزاع) تعليل لاشتراط كون الاجل معلوما لان علمه لا يفضى الى النزاع وأما مفهوم الشرط المذكور وهو أنه لا يصح

كمصرى أو دمشقى (غير مشار) اليه (لا) يشترط ذلك فى (مشار اليه) لنفى الجهالة بالاشارة ما لم يكن ربويا قوبل بجنسه أو سلما اتفاقا أو رأس مال سلم لو مكيلا أو موزونا خلافا لهما كما سيجىء (فرع) لو كان الثمن فى صرة ولم يعرف ما فيها من خارج خير ويسمى خيار الكمية لا خيار الرؤية لعدم ثبوته فى النقود فتح (وصح بثمن حال) وهو الاصل (ومؤجل الى معلوم) لئلا يفضى الى النزاع

مطلب فى الفرق بين الاثمان والمبيعات

اذا كان الاجل مجهولا فعلته كونه يفضى الى النزاع فافهم وسيذكر المصنف فى البيع الفاسد بيان الاجل المفسد وغيره (تنبيه) من جهالة الاجل ما اذا باعه بألف على أن يؤدى اليه الثمن فى بلد آخر ولو قال الى شهر على أن يؤدى الثمن فى بلد آخر جاز بألف الى شهر ويبطل الشرط لان تعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة غير صحيح فلو له حمل ومؤنة يصح ومنها اشتراط أن يعطيه الثمن على التفاريق او كل اسبوع البعض فان لم يشرط فى البيع بل ذكر بعده لم يفسد وكان له اخذ الكل جملة وتمامه فى البحر وقوله لم يفسد أى البيع فيه كلام يأتى قريبا (قوله ولو باع مؤجلا) أى بلا بيان مدة بأن قال بعتك بدرهم مؤجل (قوله صرف لشهر) كأنه لانه المعهود فى الشرع فى السلم واليمين فى ليقضين دينه آجلا بحر (قوله به يفتى) وعند البعض لثلاثة ايام بحر عن شرح المجمع قلت ويشكل على القولين أن شرط صحة التأجيل أن يعرفه العاقدان ولذا لم يصح البيع بثمن مؤجل الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى اذا لم يدره العاقدان كما سيأتى فى البيع الفاسد وكذا لو عرفه أحدهما دون الآخر فتأمل (قوله فالقول لنافيه) وهو البائع لان الاصل الحلول كما مرّ (قوله الا فى السلم) فان القول لمثبته لان نافيه يدعى فساده بفقد شرط صحته وهو التأجيل ومدعيه يدعى صحته بوجوده والقول لمدعى الصحة ط (قوله فلمدعى الاقل) لانكاره الزيادة ح (قوله والبينة فيهما) أى فى المسألتين للمشترى لانه يثبت خلاف الظاهر والبينات للاثبات ح (قوله فالقول والبينة للمشترى) لانهما لما اتفقا على الاجل فالاصل بقاؤه فكان القول للمشترى فى عدم مضيه ولانه منكر توجه المطالبة وهذا ظاهر وأما تقديم بينته على بينة البائع فعلله فى البحر عن الجوهرة بأن البينة مقدمة على الدعوى اهـ وهو مشكل فان شأن البينة اثبات خلاف الظاهر وهو هنا دعوى البائع على أن بينة المشترى على عدم المضى شهادة على النفى وقد يجاب عن الثانى بانه اثبات فى المعنى لان المعنى أن الاجل باق تأمل وحينئذ فوجه تقديم بينته كونها أكثر اثباتا ويدل له ما سيأتى فى السلم من انهما لو اختلفا فى مضى الاجل فالقول للمسلم اليه بيمينه وان برهنا فبينته اولى وعلله فى البحر باثباتها زيادة الاجل قال فالقول قوله والبينة بينته هذا ولم يذكر الاختلاف فى الثمن او فى المبيع لانه سيأتى فى كتاب الدعوى فى فصل دعوى الرجلين (قوله ويبطل الاجل بموت المديون) لان فائدة التأجيل أن يتجر فيؤدى الثمن من نماء المال فاذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل بحر عن شرح المجمع وصرح قبله بانه لو مات البائع لا يبطل الاجل (قوله او مجهولا) أى جهالة يسيرة بدليل التمثيل فيخرج ما لو اجله الى اجل مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح (قوله صار مؤجلا) كذا جزم به المصنف فى باب البيع الفاسد كما سيأتى متنا وذكره فى الهداية ايضا وكذا فى الزيلعى ومتن الملتقى والدرر وغيرها وعزاه فى التتارخانية الى الكافى وفى الخانية رجل باع شيأ بيعا جائزا وأخر الثمن الى الحصاد او الدياس قال يفسد البيع فى قول أبى حنيفة وعن محمد أنه لا يفسد البيع ويصح التأخير لان التأخير بعد البيع تبرع فيقبل التأجيل الى الوقت المجهول كما لو كفل بمال الى الحصاد او الدياس وقال القاضى الامام أبو على النسفى هذا يشكل بما اذا اقرض رجلا وشرط فى القرض أن يكون مؤجلا لا يصح التأجيل ولو أقرض ثم أخر لا يصح ايضا فكان الصحيح من الجواب ما قال الشيخ الامام انه يفسد البيع سواء اجله الى هذه الاوقات فى البيع او بعده اهـ قلت وهذا تصحيح لخلاف ما قدمناه عن الهداية وغيرها وفيه بحث فان الحاق البيع بالقرض غير ظاهر بدليل أن القرض لا يصح تأجيله أصلا وان كان الاجل معلوما وتأجيل البيع الى اجل معلوم صحيح اتفاقا على انه ذكر فى التاسع والثلاثين من جامع الفصولين الشرط الفاسد لو ألحق بعد العقد هل يلتحق بأصل العقد عند أبى حنيفة قيل نعم وقيل لا وهو الصحيح اهـ ثم قال بعده استأجر أرضا وشرط تعجيل الاجرة الى الحصاد أو الدياس يفسد العقد ولو لم يشرطه فى العقد بل بعده لا يفسد كما فى البيع فان الرواية محفوظة انه لو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى حصاد ودياس لا يفسد ويصح الاجل اهـ (تنبيه) علم مما مرّ أن الآجال على ضربين معلومة ومجهولة والمجهولة على ضربين متقاربة كالحصاد ومتفاوتة كهبوب الريح فالثمن العين يفسد بالتأجيل ولو معلوما والدين لا يجوز لمجهول لكن لو جهالته متقاربة وأبطله المشترى قبل محله وقبل فسخه للفساد انقلب جائزا الا لو بعد مضيه أما لو متفاوتة وأبطله المشترى قبل التفرق انقلب جائزا كما فى البحر عن السراج هذا وذكر الشارح فى البيع الفاسد عن العينى ما يوهم أن الاخير لا ينقلب جائزا

مطلب في التأجيل الى أجل مجهول

ولو باع مؤجلا صرف لشهر به يفتى ولو اختلفا فى الاجل فالقول لنافيه الا فى السلم به يفتى ولو فى قدره فلمدعى الاقل والبينة فيهما للمشترى ولو فى مضيه فالقول والبينة للمشترى ويبطل الاجل بموت المديون لا الدائن (فروع) باع بحال ثم أجله أجلا معلوما او مجهولا كنيروز وحصاد صار مؤجلا منية

قوله تعجيل الاجرة هكذا بخطه ولعل صوابه تأجيل الاجرة بدليل قوله الى الحصاد الخ وبدليل التنظير بالبيع فى قوله كما فى البيع الخ تأمل اهـ مصححه

وليس كذلك فافهم ونقل الشارح هناك تبعا للمصنف عن ابن كمال وابن ملك أن ابطاله قبل التفرق شرط في المجهول جهالة متقاربة كالحصاد وهو خطأ كما سنبينه هناك ان شاء الله تعالى (قوله فليس بتأجيل) لان مجرد الامر بذلك لا يستلزم التأجيل تأمل (قوله ان اخل بنجم) حال من فاعل جعله بتقدير القول أى جعله ربه نجوما قائلا ان اخل الخ اه ح (قوله قلت ومما يكثر وقوعه الخ) اعلم انه اذا اشترى بالدراهم التى

مطلب مهم في أحكام النقود اذا كسدت أو انقطعت أو غلت أو رخصت

غلب غشها او بالفلوس ولم يسلمها للبائع ثم كسدت بطل البيع والانقطاع عن ايدى الناس كالكساد ويجب على المشترى ردّ المبيع لو قائما ومثله او قيمته لو هالكا وان لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وهذا عنده وعندهما لا يبطل البيع لان المتعذر التسليم بعد الكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج لكن عند أبي يوسف تجب قيمته يوم البيع وعند محمد يوم الكساد وهو آخر ما تعامل الناس بها وفى الذخيرة الفتوى على قول أبي يوسف وفى المحيط والتتمة والحقائق وبقول محمد يفتى رفقا بالناس اه والكساد أن تترك المعاملة بها فى جميع البلاد فلو فى بعضها لا يبطل لكنه تتعيب اذا لم ترج فى بلدهم فيتخير البائع ان شاء اخذه وان شاء أخذ قيمته وحدّ الانقطاع أن لا يوجد فى السوق وان وجد فى يد الصيارفة والبيوت هكذا فى الهداية والانقطاع كالكساد كما فى كثير من الكتب لكن قال فى المضمرات فان انقطع ذلك فعليه من الذهب والفضة قيمته فى آخر يوم انقطع هو المختار اه هذا اذا كسدت او انقطعت أما اذا غلت قيمتها او انتقصت فالبيع على حاله ولا يتخير المشترى ويطالب بالنقد بذلك العيار الذى كان وقت البيع كذا فى فتح القدير وفى البزازية عن المنتقى غلت الفلوس او رخصت فعند الامام الاول والثانى أولا ليس عليه غيرها وقال الثانى ثانيا عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى وهكذا فى الذخيرة والخلاصة عن المنتقى ونقله فى البحر وأقره فحيث صرّح بأن الفتوى عليه فى كثير من المعتبرات فيجب أن يعوّل عليه افتاء وقضاء ولم ار من جعل الفتوى على قول الامام هذا خلاصة ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى فى رسالته بذل المجهود فى مسألة تغير النقود وفى الذخيرة عن المنتقى اذا غلت الفلوس قبل القبض او رخصت قال أبو يوسف قولى وقول ابى حنيفة فى ذلك سواء وليس له غيرها ثم رجع أبو يوسف وقال عليه قيمتها من الدراهم يوم وقع البيع ويوم وقع القبض اه وقوله يوم وقع البيع اى فى صورة البيع وقوله ويوم وقع القبض اى فى صورة القرض كما نبه عليه فى النهر فى باب الصرف وحاصل ما مرّ أنه على قول أبي يوسف المفتى به لا فرق بين الكساد والانقطاع والرخص والغلاء فى انه تجب قيمتها يوم وقع البيع او القرض لا مثلها وفى دعوى البزازية من النوع الخامس عشر عن فوائد الامام أبى حفص الكبير استقرض منه دانق فلوس حال كونها عشرة بدانق فصارت ستة بدانق أو رخص وصار عشرون بدانق يأخذ منه عدد ما أعطى ولا يزيد ولا ينقص اه قلت هذا مبنى على قول الامام وهو قول أبي يوسف اوّلا وقد علمت أنّ المفتى به قوله ثانيا بوجوب قيمتها يوم القرض وهو دانق أى سدس درهم سواء صار الآن ستة فلوس بدانق أو عشرين بدانق تأمل ومثله ما سيذكره المصنف فى فصل القرض من قوله استقرض من الفلوس الرائجة والعدالى فكسدت فعليه مثلها كاسدة لا قيمتها اه فهو على قول الامام وسيأتى فى باب الصرف متنا وشرحا اشترى شيأ به اى بغالب الغش وهو نافق أو بفلوس نافقة فكسد ذلك قبل التسليم للبائع بطل البيع كما لو انقطعت عن أيدى الناس فانه كالكساد وكذا حكم الدراهم لو كسدت او انقطعت بطل وصححاه بقيمة المبيع وبه يفتى رفقا بالناس بحر وحقائق اه وقوله بقيمة المبيع صوابه بقيمة الثمن الكاسد وفى غاية البيان قال أبو الحسن لم تختلف الرواية عن ابى حنيفة فى قرض الفلوس اذا كسدت أن عليه مثلها قال بشر قال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض فى الدراهم التى ذكرت لك أصنافها يعنى البخارية والطبرية واليزيدية وقال محمد قيمتها فى آخر نفاقها قال القدورى واذا ثبت من قول أبى حنيفة فى قرض الفلوس ما ذكرنا فالدراهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة والطبرية واليزيدية هى التى غلب الغش عليها فتجرى مجرى الفلوس فلذلك قاسها ابو يوسف على الفلوس اه ما فى غاية البيان وما ذكره فى القرض جار فى البيع ايضا كما قدمناه عن الذخيرة من قوله يوم وقع البيع الخ ثم اعلم أن الذى فهم من كلامهم أن الخلاف المذكور انما هو فى الفلوس والدراهم الغالبة الغش ويدل عليه انه فى بعض العبارات اقتصر على ذكر الفلوس وفى بعضها ذكر العدالى معها وهى كما فى البحر عن البناية بفتح العين المهملة والدال وكسر اللام دراهم فيها غش وفى بعضها تقييد الدراهم

له ألف من ثمن مبيع فقال أعط كل شهر مائة فليس بتأجيل بزازية عليه ألف ثمن جعله ربه نجوما ان أخل بنجم حل الباقى فالامر كما شرطا ملتقط وهى كثيرة الوقوع قلت ومما يكثر وقوعه ما لو اشترى بقطع رائجة فكسدت بضرب جديدة يجب قيمتها يوم البيع من الذهب لا غير اذ لا يمكن الحكام الحكم بمثلها لمنع السلطان منها ولا يدفع قيمتها من الفضة الجديدة لانها ما لم يغلب غشها فجيدها ورديئها سواء اجماعا

بغالبه

بغالبة الغش وكذا تعليلهم قول الامام ببطلان البيع بأن الثمنية بطلت بالكساد لان الدراهم التى غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح فلم تبق ثمنا فبقى البيع بلا ثمن فبطل ولم ار من صرح بحكم الدراهم الخالصة أو المغلوبة الغش سوى ما أفاده الشارح هنا وينبغى انه لا خلاف فى انه لا يبطل البيع بكسادها ويجب على المشترى مثلها فى الكساد والانقطاع والرخص والغلاء أما عدم بطلان البيع فلانها ثمن خلقة فترك المعاملة بها لا يبطل ثمنيتها فلا يتأتى تعليل البطلان المذكور وهو بقاء البيع بلا ثمن وأما وجوب مثلها وهو ما وقع عليه العقد كمائة ذهب مشخص أو مائة ريال فرنجى فلبقاء ثمنيتها أيضا وعدم بطلان تقومها وتمام بيان ذلك فى رسالتنا تنبيه الرقود فى أحكام النقود وأما ماذكره الشارح من انه تجب قيمتها من الذهب فغير ظاهر لان مثليتها لم تبطل فكيف يعدل الى القيمة وقوله اذا لم يمكن الخ فيه نظر لان منع السلطان التعامل بها فى المستقبل لا يستلزم منع الحاكم من الحكم على شخص بما وجب عليه منها فى الماضى وأما قوله ولا يدفع قيمتها من الجديدة فظاهر وبيانه أن كسادها عيب فيها عادة لان الفضة الخالصة اذا كانت مضروبة رائجة تقوم بأكثر من غيرها فاذا كانت العشرة من الكاسدة تساوى تسعة من الرائجة مثلا فان ألزمنا المشترى بقيمتها وهو تسعة من الجديدة يلزم الربا وان ألزمناه بعشرة نظرا الى أن الجودة والرداءة فى باب الربا غير معتبرة يلزم ضرر المشترى حيث ألزمناه بأحسن مما التزم فلم يمكن الزامه بقيمتها من الجديدة ولا بمثلها منها فتعين الزامه بقيمتها من الذهب لعدم امكان الزامه بمثلها من الكاسدة أيضا لما علمت من منع الحكام منه لكن علمت ما فيه هذا ما ظهر لى فى هذا المقام والله سبحانه وتعالى أعلم وبقى ما لو وقع الشراء بالقروش كما هو عرف زماننا ويأتى الكلام عليه قريبا (قوله أما ما غلب غشه الخ) أفاد أن كلامه السابق فيما كان خاليا عن الغش او كان غشه مغلوبا وانه لا خلاف فيه على ما يفهم من كلامهم كما قررناه آنفا (قوله كما سيجىء فى فصل القرض) صوابه فى باب الصرف كما علم مما قدمناه (قوله وهذا) اى ما ذكره فى المتن من صحة البيع بثمن مؤجل الى معلوم (قوله بثمن دين الخ) أراد بالدين ما يصح أن يثبت فى الذمة سواء كان نقدا او غيره وبالعين ما قابله فيدخل فى الدين الثوب الموصوف بما يعرفه لقوله فى الفتح وغيره ان الثياب كما تثبت مبيعا فى الذمة بطريق السلم تثبت دينا مؤجلا فى الذمة على انها ثمن وحينئذ يشترط الاجل لا لانها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم فى كونها دينا فى الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف فى الذمة الى أجل جاز ويكون بيعا فى حق العبد حتى لا يشترط قبضه فى المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم فى الثوب وانما ظهرت أحكام المسلم فيه فى الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لالحاقه بالمسلم فيه اه فافهم (قوله وبخلاف جنسه) عطف على قوله بثمن دين وفى بعض النسخ او بدل الواو والاولى اولى لان الشرط كل منهما لا أحدهما كما أفاده ط وقوله ولم يجمعهما قدر جملة حالية والقدر كيل او وزن وذلك كبيع ثوب بدراهم واحترز عما لو كان بجنسه وجمعهما قدر ككر بر بمثله اوكان بجنسه ولم يجمعهما قدر كثوب هروى بمثله اوكان بخلاف جنسه وجمعهما قدر ككر بر بكر شعير فانه لا يصح التأجيل لما فيها من ربا النسأ فقول الشارح لما فيه من ربا النسأ بالفتح اى التأخير تعليل لمفهوم المتن وهو عدم صحة التأجيل فى الصور الثلاث افاده ح قلت بقى شرط آخر وهو أن لا يكون المبيع الكيلى او الوزنى هالكا فقد ذكر الخير الرملى اول البيوع عن جواهر الفتاوى له على آخر حنطة غير السلم فباعها منه بثمن معلوم الى شهر لا يجوز لانه بيع الكالئ بالكالئ وقد نهينا عنه وان باعها ممن عليه ونقد المشترى الثمن فى المجلس جاز فيكون دينا بعين اه وذكر المسألة فى المنح قبيل باب الربا ومثله كل مكيل وموزون وكالبيع الصلح ففى الثلاثين من جامع الفصولين ولو غصب كر بر فصالحه وهو قائم على دراهم مؤجلة جاز وكذا الذهب والفضة وسائر الموزونات ولو صالحه على كيلى مؤجل لم يجز اذ الجنس بانفراده يحرم النسا ولو كان البر هالكا لم يجز الصلح على شئ من هذا نسيئة لانه دين بدين الا اذا صالح على بر مثله او أقل منه مؤجلا جاز لانه عين حقه والحط جائز لا لو على اكثر للربا والصلح على بعض حقه فى الكيلى والوزنى حال قيامه لم يجز اه وفى البزازية الحيلة فى جواز بيع الحنطة المستهلكة بالنسيئة أن يبيعها بثوب ويقبض الثوب ثم يبيعه بدراهم الى أجل اه اقول وتجرى هذه الحيلة فى الصلح أيضا وهى واقعة الفتوى ويكثر وقوعها اه (قوله فذ سقوط الخيار عنده) اى عند أبى حنيفة لان ذلك وقت استقرار البيع (قوله مذ تسلم) متعلق بأجل (قوله لمنع) اللام

أما ما غلب غشه ففيه الخلاف كما سيجىء فى فصل القرض فتنبه وبه أجاب سعدى افندى وهذا اذا بيع بثمن دين فلو بعين فسد فتح و (بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر) لما فيه من ربا النسأ كما سيجىء فى بابه (و) الاجل (ابتداؤه من وقت التسليم) ولو فيه خيار فذ سقوط الخيار عنده خانية (وللمشترى) بثمن مؤجل الى سنة منكرة (اجل سنة ثانية) مذ تسلم (لمنع البائع السلعة) عن المشترى (سنة الاجل) المنكرة

للتعليل او للتوقيت متعلقة بما تعلق به قوله والمشترى (قوله تحصيلا لفائدة التأجيل) وهى التصرف فى المبيع وايفاء الثمن من ربحه مثلا (قوله فلو معينة) كسنة كذا ومثله الى رمضان مثلا (قوله لان التقصير منه) تعليل للثانية أما الاولى فلكونه لما عين تعين حقه فيما عينه فلا يثبت فى غيره (قوله والثمن المسمى قدره لا وصفه) لما كان قول المصنف ينصرف مطلقه موهما أن المراد بالمطلق ما لم يذكر قدره ولا وصفه بقرينة قوله اولا وشرط لصحته معرفة قدر ووصف ثمن دفع ذلك بأن المراد المطلق عن تسمية الوصف فقط (قوله مجمع الفتاوى) فانه قال معزيا الى بيوع الخزانة باع عينا من رجل بأصفهان بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن حتى وجد المشترى ببخارى يجب عليه الثمن بعيار أصفهان فيعتبر مكان العقد اهـ منح قلت وتظهر ثمرة ذلك اذا كانت مالية الدينار مختلفة فى البلدين وتوافق العاقدان على أخذ قيمة الدينار لفقده او كساده فى البلدة الاخرى فليس للبائع أن يلزمه بأخذ قيمته التى فى بخارى اذا كانت اكثر من قيمته التى فى اصبهان وكما يعتبر مكان العقد يعتبر زمنه ايضا كما يفهم مما قدمناه فى مسألة الكساد والرخص فلا يعتبر زمن الايفاء لان القيمة فيه مجهولة وقت العقد وفى البحر عن شرح المجمع لو باعه الى أجل معين وشرط أن يعطيه المشترى اى نقد يروج يومئذ كان البيع فاسدا (قوله كذهب شريفى وبندقى) فانهما اتفقا فى الرواج لكن مالية أحدهما اكثر فاذا باع بمائة ذهب مثلا ولم يبين صفته فسد للتنازع لان البائع يطلب الاكثر مالية والمشترى يدفع الاقل (قوله مع الاستواء فى رواجها) أما اذا اختلفت رواجا مع اختلاف ماليتها او بدونه فيصح وينصرف الى الاروج وكذا يصح لو استوت مالية ورواجا لكن يخير المشترى بين أن يؤدى أيهما شاء والحاصل أن المسألة رباعية وأن الفساد فى صورة واحدة وهى الاختلاف فى المالية فقط والصحة فى الثلاث الباقية كما بسطه فى البحر ومثل فى الهداية لمسألة الاستواء فى المالية والرواج بالثنائى والثلاثى واعترضه الشراح بأن مالية الثلاثى اكثر من الاثنين وأجاب فى البحر بأن المراد بالثنائى ما قطعتان منه بدرهم وبالثلاثى ما ثلاثة منه بدرهم قلت وحاصله أنه اذا اشترى بدرهم فله دفع درهم كامل او دفع درهم مكسر قطعتين او ثلاثة حيث تساوى الكل فى المالية والرواج ومثله فى زماننا الذهب يكون كاملا ونصفين واربعة ارباع وكلها سواء فى المالية والرواج بل ذكر فى القنية فى باب المتعارف بين التجار كالمشروط برمز عت باع شيأ بعشرة دنانير واستقرت العادة فى ذلك البلد أنهم يعطون كل خمسة اسداس مكان الدينار واشتهرت بينهم فالعقد ينصرف الى ما تعارفه الناس فيما بينهم فى تلك التجارة ثم رمز فك جرت العادة فيما بين اهل خوارزم أنهم يشترون سلعة بدينار ثم ينقدون ثلثى دينار محمودية او ثلثى دينار وطسوج نيسابورية قال يجرى على المواضعة ولا تبقى الزيادة دينا عليهم اهـ ومثله فى البحر عن التتارخانية ومنه يعلم حكم ما تعورف فى زماننا من الشراء بالقروش فان القرش فى الاصل قطعة مضروبة من الفضة تقوم بأربعين قطعة من القطع المصرية المسماة فى مصر نصفا ثم ان انواع العملة المضروبة تقوم بالقروش فمنها ما يساوى عشرة قروش ومنها أقل ومنها اكثر فاذا اشترى بمائة قرش فالعادة أنه يدفع ما أراد امامن القروش او مما يساويها من بقية انواع العملة من ريال او ذهب ولا يفهم أحد أن الشراء وقع بنفس القطعة المسماة قرشا بل هى او ما يساويها من انواع العملة المتساوية فى الرواج المختلفة فى المالية ولا يرد أن صورة الاختلاف فى المالية مع التساوى فى الرواج هى صورة الفساد من الصور الاربع لانه هنا لم يحصل اختلاف مالية الثمن حيث قدر بالقروش وانما يحصل الاختلاف اذا لم يقدر بها كما لو اشترى بمائة ذهب وكان الذهب انواعا كلها رائجة مع اختلاف ماليتها فقد صار التقدير بالقروش فى حكم ما اذا استوت فى المالية والرواج وقد مر أن المشترى يخير فى دفع ايهما شاء قال فى البحر فلو طلب البائع احدهما للمشترى دفع غيره لان امتناع البائع من قبول ما دفعه المشترى ولا فضل تعنت اهـ بقى هنا شئ وهو أنا قدمنا أنه على قول أبى يوسف المفتى به لا فرق بين الكساد والانقطاع والرخص والغلاء فى انه تجب قيمتها يوم وقع البيع او القرض اذا كانت فلوسا او غالبة الغش وان كانت فضة خالصة او مغلوبة الغش تجب قيمتها من الذهب يوم البيع على ما قاله الشارح او مثلها على ما بحثناه وهذا اذا اشترى بالريال او الذهب مما يراد نفسه أما اذا اشترى بالقروش المراد بها ما يعم الكل كما قررناه ثم رخص بعض انواع العملة او كلها واختلفت فى الرخص كما وقع مرارا فى زماننا ففيه اشتباه فانها اذا كانت غالبة الغش وقلنا تجب قيمتها يوم البيع فهنا لا يمكن ذلك لانه ليس المراد

بالقروش

مطلب

يعتبر الثمن فى مكان العقد وزمنه

تحصيلا لفائدة التاجيل فلو معينة اولم يمنع البائع من التسليم لاتفاقا لان التقصير منه (و) الثمن المسمى قدره لا وصفه (ينصرف مطلقه الى غالب نقد البلد) بلد العقد مجمع الفتاوى لانه المتعارف (وان اختلف النقود مالية كذهب شريفى وبندقى (فسد العقد مع الاستواء فى رواجها

مطلب

مهم فى حكم الشراء بالقروش فى زماننا

بالقروش نوع معين من العملة حتى توجب قيمته واذا قلنا ان الخيار للمشترى فى تعيين نوع منها كما كان الخيار له قبل أن ترخص فانه كان مخيرا فى دفع اى نوع اراد فابقاء الخيار له بعد الرخص يؤدى الى النزاع والضرر فان خياره قبل الرخص لا ضرر فيه على البائع أما بعده ففيه ضرر لان المشترى ينظر الى الانفع له والاضر على البائع فيختاره فان ما كان يساوى عشرة اذا صار نوع منه بثمانية ونوع منه بثمانية ونصف يختار ما صار بثمانية فيدفعه للبائع ويحسبه عليه بعشرة كما كان يوم البيع وهذا فى الحقيقة دفع مثل ما كان يوم البيع لا قيمته لان قيمة كل نوع تعتبر بغيره فحيث لم يمكن دفع القيمة لما قلنا ولزم من ابقاء الخيار للمشترى لزوم الضرر للبائع حصل الاشتباه فى حكم المسألة كما قلنا والذى حررته فى رسالتى تنبيه الرقود أنه ينبغى أن يؤمر المشترى بدفع المتوسط رخصا لا بالاكثر رخصا ولا بالاقل حتى لا يلزم اختصاص الضرر به ولا بالبائع لكن هذا اذا حصل الرخص لجميع انواع العملة أما لو بقى منها نوع على حاله فينبغى أن يقال بالزام المشترى الدفع منه لان اختياره دفع غيره يكون تعنتا بقصد اضرار البائع مع امكان غيره بخلاف ما اذا لم يمكن بأن حصل الرخص للجميع فهذا غاية ما ظهر لى فى هذه المسألة والله سبحانه اعلم (قوله الا اذا بين فى المجلس) قال فى الصر فاذا ارتفعت الجهالة ببيان احدهما فى المجلس ورضى الآخر صح لارتفاع المفسد قبل تقرره فصار كالبيان المقارن (قوله هو فى عرف المتقدمين الخ) كذا قاله فى الفتح واستدل له بحديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير لكن قال فى البحر وفى المصباح الطعام عند اهل الحجاز البر خاصة وفى العرف اسم لما يؤكل مثل الشراب اسم لما يشرب وجمعه اطعمة اه والمراد به فى كلام المصنف الحبوب كلها لا البر وحده ولا كل ما يؤكل بقرينة قوله كيلا وجزافا اه (قوله كيلا وجزافا) منصوبان على الحال لانهما بمعنى اسم الفاعل او المفعول فافهم (قوله مثلث الجيم الخ) اى يجوز فى جيمه الحركات الثلاث فى القاموس الجزاف والجزافة مثلثتين والمجازفة الحدس فى البيع والشراء معرب كزاف اه والحدس الظن والتخمين وحاصله ما فى المغرب من انه البيع والشراء بلا كيل ولا وزن ونقل ط أن شرط جوازه أن يكون مميزا مشارا اليه (قوله اذا كان بخلاف جنسه) أما بجنسه فلا يجوز مجازفة لاحتمال التفاضل الا اذا ظهر تساويهما فى المجلس بحر حتى لو لم يحتمل التفاضل كأن باع كفة ميزان من فضة بكفة منها جاز وان كان مجازفة كما فى الفتح والمجازفة فيه بسبب انه لا يعرف قدرها (قوله لشرطية معرفته) لاحتمال أن يتفاسخا السلم فيريد المسلم اليه دفع ما أخذ ولا يعرف ذلك الا بمعرفة القدر ط (قوله ومن المجازفة البيع الخ) صرح بأنه من المجازفة مع أن ظاهر المتن انه ليس منها بقرينة العطف والاصل فيه المغايرة لانه على صورة الكيل والوزن وليس به حقيقة افاده فى النهر (قوله وللمشترى الخيار فيهما) أفاد أن البيع جائز غير لازم وهذا الخيار خيار كشف الحال بحر وفى رواية لا يجوز البيع والاول اصح وأظهر كما فى الهداية وأول فى الفتح قوله لا يجوز بأنه لا يلزم توفيقا بين الروايتين اى فلا حاجة الى التصحيح لارتفاع الخلاف فاعتراض الصر عليه بأنه خلاف ظاهر الهداية غير ظاهر وفى البحر عن السراج ويشترط لبقاء عقد البيع على الصحة بقاء الاناء والحجر على حالهما فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع لانه لا يعلم مبلغ ما باعه منه اه (قوله وهذا اذا لم يحتمل الاناء النقصان) بأن لا ينكبس ولا ينقبض كأن يكون من خشب او حديد أما اذا كان كالزنبيل والجوالق فلا يجوز الا فى قرب الماء استحسانا للتعامل نهر (قوله والحجر التفتت) هذا مروى عن ابى يوسف حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل التسليم ولا جفاف يوجب نقصانا فى ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما او يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز فى السلم وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع فى ذلك بالتعجيل وتمامه فى الفتح قال فى البحر وهو حسن جدا وقواه فى النهر أيضا (قوله كبيعه الخ) عبر فى الفتح وغيره بقوله وعن ابى جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ الطشت جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز اه (قوله وصح فيما سمى) اشار به الى أن الصاع ليس بقيد حتى لو قال كل صاعين او كل عشرة بدرهم صح فى اثنين او عشرة وعلى هذا فقول المتن صاع بدل من ما بدل بعض من كل وفيه من الحزازة ما لا يخفى اه ح (قوله فى بيع صبرة) هى الطعام المجموع سميت بذلك لافراغ بعضها على بعض ومنه قيل للسحاب فوق السحاب صبر قاله الازهرى وأراد صبرة مشارا اليها

قوله نوع معين هكذا بخطه وصوابه نوعا معينا بالنصب لانه خبر ليس اه مصححه

قوله لزوم الضرر الاولى حذف قوله لزوم كما لا يخفى اه مصححه

(الا اذا بين) فى المجلس لزوال الجهالة (وصح بيع الطعام) هو فى عرف المتقدمين اسم للحنطة ودقيقها (كيلا وجزافا) مثلث الجيم معرب كزاف المجازفة (اذا كان بخلاف جنسه ولم يكن رأس مال سلم) لشرطية معرفته كما سيجئ (أو كان بجنسه وهو دون نصف صاع) اذ لا ربا فيه كما سيجئ (و) من المجازفة البيع (باناء وحجر لا يعرف قدره) قيد فيهما وللمشترى الخيار فيهما نهر وهذا (اذا لم يحتمل) الاناء (النقصان و) الحجر (التفتت) فان احتملهما لم يجز كبيعه قدر ما يملأ هذا البيت ولو قدر ما يملأ هذا الطشت جاز سراج (و) صح (فى) ما سمى (صاع فى بيع صبرة

كل صاع بكذا) مع الخيار للمشترى لتفرق الصفقة عليه ويسمى خيارا لتكشف (و) صح (فى الكل ان) كيلت فى المجلس لزوال المفسد قبل تقرره او (سمى جملة قفزانها) بلا خيار لو عند العقد وبه لو بعده فى المجلس او بعده عندهما وبه يفتى فان رضى هل يلزم البيع بلا رضى البائع الظاهر نعم نهر (وفسد فى الكل فى بيع ثلة) بفتح فتشديد قطيع الغنم

كما سيأتى وليست قيدا بل كل مكيل اوموزون اومعدود من جنس واحد اذا لم تختلف قيمته كذلك نهر وقيد بصبرة احترازا عن صبرتين من جنسين كما فى الغرر وقال فى شرحه الدرر أى لا يصح البيع عنده فى القدر المسمى اذا بيع صبرتان من جنسين كصبرتى بر وشعير كل قفيز أو قفيزين بكذا حيث لم يصح البيع عنده فى قفيز واحد لتفاوت الصبرتين وعندهما يصح فيهما ايضا وذكر فى المحيط والايضاح أن العقد يصح على قفيز واحد منهما اﻫ وقوله يصح اى عنده كما فى الكافى وقوله منهما اى من الصبرتين من جنسين اى من كل واحدة نصف قفيز كما نبه عليه شراح الهداية عزميه (قوله كل صاع بكذا) قيل بجر كل بدل من صبرة وقيل مبتدأ وخبر والجملة صفة صبرة اﻫ اى على تقدير القول اى مقول فيها كل صاع بكذا ويحتمل كون الجملة صفة لبيع وكونها فى محل نصب على الحال باضمار القول أيضا (قوله مع الخيار للمشترى) اى دون البائع نهر وفى البحر ولم يذكر المصنف الخيار على قول الامام قالوا وله الخيار فى الواحد كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ثم نقل عن غاية البيان أن لكل منهما الخيار قبل الكيل وذلك لان الجهالة قائمة اولتفرق الصفقة ثم قال وصرح فى البدائع بلزوم البيع فى الواحد وهذا هو الظاهر وعندهما البيع فى الكل لازم ولا خيار اﻫ (قوله لتفرق الصفقة عليه) استشكل على قول الامام لانه قائل بانصرافه الى الواحد فلا تفريق وأجاب فى المعراج بان انصرافه الى الواحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم بالمسائل الاجتهادية فلا ينزل عالما فلا يكون راضيا كذا فى الفوائد الظهيرية وفيه نوع تأمل اﻫ بحر ولعل وجه التأمل انه يلزم عليه أن من علم أن العقد منصرف الى الواحد لم يثبت له الخيار لعدم تفرق الصفقة عليه مع أن كلامهم شامل للعالم وغيره وعن هذا كان الظاهر مامر عن البدائع من لزوم البيع فى الواحد (قوله ويسمى خيار التكشف) اى تكشف الحال بالصحة فى واحد وهو من الاضافة الى السبب ط (قوله ان كيلت فى المجلس) وله الخيار أيضا كما فى الفتح والتبيين والنهر (قوله لزوال المفسد) وهو جهالة المبيع والثمن (قوله قبل تقرره) اى قبل ثبوته بانقضاء المجلس ط (قوله او سمى جملة قفزانها) وكذا لو سمى ثمن الجميع ولم يبين جملة الصبرة كما لو قال بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم فانه يجوز فى الجميع اتفاقا بحر والحاصل انه ان لم يسم جملة المبيع وجملة الثمن صح فى واحد وان سمى احدهما صح فى الكل كما لو سمى الكل ويأتى بيان مالو ظهر المبيع ازيد أو انقص وبقى ما اذا باع قفيزا مثلا من الصبرة والظاهر أنه يصح بلا خلاف للعلم بالمبيع فهو كبيع الصبرة كل قفيز بكذا اذا سمى جملة قفزانها ولذا أفتى فى الخيرية بصحة البيع بلا ذكر خلاف حيث سئل فيمن اشترى غرائر معلومة من صبرة كثيرة فأجاب بأنه يصح ويلزم ولا جهالة مع تسمية الغرائر اﻫ (قوله بلا خيار لو عند العقد) صرح به ابن كمال والظاهر أن التسمية قبل العقد فى مجلسه كذلك (قوله وبه لو بعده الخ) الضمير الاول للخيار والثانى للعقد قال ح اى وصح فى الكل بالخيار للمشترى لو سمى جملة قفزانها بعد العقد فى المجلس (قوله او بعده) اى بعد المجلس (قوله عندهما) راجع لقوله أو بعده لكن لا خيار للمشترى فى هذه الصورة عندهما خلافا لما تقتضيه عبارته افاده ح قلت فكان الاصوب أن يقول لا بعده وصح عندهما وعبارة الملتقى مع شرحه لا يصح لو زالت الجهالة بأحدهما بعد ذلك اى المجلس لتقرر المفسد وقالا يصح مطلقا اﻫ ولا يخفى أن عدم الصحة عنده انما هو فيما زاد على صاع أما فيه فالصحة ثابتة وان لم توجد تسمية أصلا كما تفيده عبارة المتن (قوله وبه يفتى) عزاه فى الشرنبلالية الى البرهان وفى النهر عن عيون المذاهب وبه يفتى لا لضعف دليل الامام بل تيسيرا اﻫ وفى البحر وظاهر الهداية ترجيح قولهما لتأخيره دليلهما كما هو عادته اﻫ قلت لكن رجح فى الفتح قوله وقوى دليله على دليلهما ونقل ترجيحه أيضا العلامة قاسم عن الكافى والمحبوبى والنسفى وصدر الشريعة ولعله من حيث قوة الدليل فلا ينافى ترجيح قولهما من حيث التيسير ثم رأيته فى شرح الملتقى أفاد ذلك وظاهره ترجيح التيسير على قوة الدليل (قوله فان رضى) تفريع على قوله وبه لو بعده فى المجلس (قوله الظاهر نعم) هو رواية محمد عن الامام استظهرها فى النهر على رواية أبى يوسف عنه انه لا يجوز الا بتراضيهما (قوله وفسد فى الكل) اى عنده خلافا لهما لان الافراد اذا كانت متفاوتة لم يصح فى شئ بحر اى لا فى واحد ولا فى اكثر بخلاف مسألة الصبرة وسيأتى ترجيح قولهما وهذا شروع فى حكم القيميات بعد بيان حكم المثليات كالصبرة ونحوها من كل مكيل وموزون. (قوله بفتح) اى بفتح الثاء المثلثة أما بضمها فالكثير من الناس اومن الدراهم وبكسرها الهلكة كما فى القاموس

(قوله

(قوله وثوب) اى يضره التبعيض أما فى الكرباس فينبغى جوازه فى ذراع واحد كما فى الطعام الواحد بحر عن غاية البيان قلت ووجهه ظاهر فان الكرباس فى العادة لا يختلف ذراع منه عن ذراع ولذا فرض القهستانى المسألة فيما يختلف فى القيمة وقال فان الذراع من مقدم البيت او الثوب اكثر قيمة من مؤخره اهـ فأفاد أن مالا يختلف مقدمه ومؤخره فهو كالصبرة (قوله كل شاة) أما لو قال كل شاتين بعشرين وسمى الجملة مائة مثلا كان باطلا اجماعا وان وجده كما سمى لان كل شاة لا يعرف ثمنها الا بانضمام غيرها اليها قاله الحدادى وفى الخانية ولو كان ذلك فى مكيل اوموزون أوعددى متقارب جاز نهر (قوله وان علم) اى بعد العقد كما يفيده ما يأتى (قوله ولو رضيا الخ) فى السراج قال الحلوانى الاصح أن عند أبى حنيفة اذا احاط علمه بعدد الاغنام فى المجلس لا ينقلب صحيحا لكن لو كان البائع على رضاه ورضى المشترى ينعقد البيع بينهما بالتراضى كذا فى الفوائد الظهيرية ونظيره البيع بالرقم اهـ بحر وفى المجتبى ولو اشترى عشر شياه من مائة شاة أو عشر بطيخات من وقر فالبيع باطل وكذا الرمان ولو عزلها البائع وقبلها المشترى جاز استحسانا والعزل والقبول بمنزلة ايجاب وقبول اهـ ومثله فى التتارخانية وغيرها قال الخير الرملى وفيه نوع اشكال وهو أنه تقدم أن التعاطى بعد عقد فاسد لا ينعقد به البيع اهـ وانظر ما قدمناه من الجواب عند الكلام على بيع التعاطى (قوله ونظيره البيع بالرقم) بسكون القاف علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن فاذا لم يعلم المشترى ينظر ان علم فى مجلس البيع نفذ وان تفرقا قبل العلم بطل درر من باب البيع الفاسد وتعقبه فى الشرنبلالية بأن النافذ لازم وهذا فيه الخيار بعد العلم بقدر الثمن فى المجلس وبأن قوله بطل غير مسلم لانه فاسد يفيد الملك بالقبض وعليه قيمته بخلاف الباطل واجيب عن الاول بأنه ليس كل نافذ لازما فقد شاع أخذهم النافذ مقابلا للموقوف اهـ وفى الفتح أن البيع بالرقم فاسد لان الجهالة تمكنت فى صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصارت بمنزلة القمار للخطر الذى فيه انه سيظهر كذا وكذا او جوزناه فيما اذا علم فى المجلس بعقد آخر هو التعاطى كما قاله الحلوانى اهـ وانظر ما قدمناه فى بحث البيع بالتعاطى (قوله ولو سمى الخ) اى فى صلب العقد فلا ينافى قوله وان علم عدد الغنم فى المجلس الخ قال فى البحر قيد بعدم تسمية ثمن الكل لانه لو سمى كما اذا قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فانه جائز فى الكل اتفاقا كما لو سمى جملة الذرعان او القطيع اهـ (قوله والضابط لكلمة كل الخ) اعلم انهم ذكروا فروعا فى كل ظاهرها التنافى فانهم تارة جعلوها مفيدة للاستغراق وتارة للواحد وتارة لا تفيد شيأ منهما فاهتم صاحب البحر فى ذكر ضابط يحصر الفروع المذكورة بعد تصريحهم بأن لفظ كل لاستغراق أفراد ما دخلته من المنكر وأجزائه فى المعرف قلت ولذا صح قولك كل رمان ما كول بخلاف قولك كل الرمان ماكول لان بعض أجزائه كقشره غير ماكول (قوله ان لم تعلم نهايتها) أما ان علمت فالامر فيها واضح كما اذا قال كل زوجة لى طالق وله اربع زوجات مثلا فان كلا تستغرقها اهـ ح اى بلا تفصيل (قوله فان لم تؤد للجهالة) اى المفضية الى المنازعة والاولى قول البحر فان لم تفض الجهالة الى منازعة (قوله كيمين وتعليق) عطف تفسير وعبارة البحر كمسألة التعليق والامر بالدفع عنه وذكر قبله مسألة التعليق وقال انها للكل اتفاقا كما اذا قال كل امرأة اتزوجها أو كلما اشتريت هذا الثوب أو ثوبا فهو صدقة او كلما ركبت هذه الدابة اودابة وفرق ابو يوسف بين المنكر والمعين فى الكل وتمامه فى الزيلعى من التعليق وفى الخانية كلما اكلت اللحم فعلى درهم فعليه بكل لقمة درهم وذكر مسألة الامر بالدفع فيما اذا أمر رجلا بأن يدفع لزوجته نفقة فقال ادفع عنى كل شهر كذا فدفع المأمور اكثر من شهر لزم الآمر (قوله والا) اى بأن ادت للجهالة المفضية الى المنازعة (قوله فان لم تعلم) اى لم يمكن علمها كما فى البحر ففى عبارته تسامح (قوله كاجارة) صورته آجرتك دارى كل شهر بكذا صح فى شهر واحد وكل شهر سكن أوله لزمه (قوله وكفالة) صورته اذا ضمن لها نفقتها كل شهر أو كل يوم لزمه نفقة واحدة عند الامام خلافا لابى يوسف بحر (قوله واقرار) صورته اذا قال له على كل درهم ولو زاد من الدراهم فقياس قول الامام عشرة وقالا ثلاثة بحر (تنبيه) زاد فى البحر هنا قسما آخر وعبارته ثم رأيت بعد ذلك فى آخر غصب الخانية من مسائل الابراء لو قال كل غريم لى فهو فى حل قال ابن مقاتل لا يبرأ غرماؤه لان الابراء ايجاب الحق للغرماء وايجاب الحقوق لا يجوز الا لقوم بأعيانهم وأما كلمة كل فى باب الاباحة فقال فى الخانية من ذلك الباب لو قال كل انسان تناول من مالى فهو له حلال قال محمد بن

مطلب البيع بالرقم

قوله وهو جهالة الثمن هكذا بخطه والصواب وهى بالتانيث اى الجهالة اهـ مصححه

مطلب الضابط فى كل

(وثوب كل شاة او ذراع) لف ونشر (بكذا) وان علم عدد الغنم فى المجلس لم ينقلب صحيحا عنده على الاصح ولو رضيا انعقد بالتعاطى ونظيره البيع بالرقم سراج (وكذا) الحكم (فى كل معدود متفاوت) كابل وعبيد وبطيخ وكذا كل ما فى تبعيضه ضرر كمصوغ او ان بدائع ولو سمى عدد الغنم او الذرع او جملة الثمن صح اتفاقا والضابط لكلمة كل أن الافراد ان لم تعلم نهايتها فان لم تؤد للجهالة فللاستغراق كيمين وتعليق والا فان لم تعلم فى المجلس فعلى الواحد اتفاقا كاجارة وكفالة واقرار

سلة لا يجوز ومن تناوله ضمن وقال ابو نصر محمد بن سلام هو جائز نظرا الى الاباحة والاباحة للمجهول جائزة ومحمد جعله ابراء عما تناوله والابراء للمجهول باطل والفتوى على قول أبي نصر اهـ ويمكن أن يقال في الضابط بعد قوله فهو على الواحد اتفاقا ان لم يكن فيه ايجاب حق لاحد فان كان لم يصح ولا في واحد كمسألة الابراء اهـ كلام البحر (قوله والا) اى بأن علمت في المجلس والمراد أمكن علمها فيه كما قدمناه عن البحر في قوله فان لم تعلم وحينئذ فلا يرد أن الغنم ان علمت في صلب العقد صح في الكل وأن الصبرة ان علمت في المجلس صح في الكل أيضا فافهم (قوله كالغنم) أدخلت الكاف كل معدود متفاوت ط (قوله والا) بأن لم تتفاوت (قوله وصححاه فيهما في الكل) اى وصحح الصاحبان العقد في المثلي والصبرة في كل الغنم وكل الاقفزة اهـ ح اى سواء علم في المجلس اولا والاولى ارجاع ضمير فيهما الى المثلي والقيمي ليشمل المذروع وكل معدود متفاوت وعبارة مواهب الرحمن هكذا او بيع صبرة مجهولة القدر كل صاع بدرهم وثلة او ثوب كل شاة اوذراع بدرهم صحيح في واحد في الاولى فاسد في كل الثانية والثالثة وأجازاه في الكل كما لو علم في المجلس بكيل اوقول وبه يفتى اهـ وعبارة القهستاني وهذا كله عنده وأما عندهما فنفذ في الكل في الصورتين اى صورتي المثلي والقيمي بلا خيار للمشتري ان رآه وعليه الفتوى كما في المحيط وغيره اهـ (قوله وان باع صبرة الخ) قيل هذا مقابل قوله وفي صاع في بيع صبرة قلت وفيه نظر بل مقابله قوله وصح في الكل ان سمى جملة قفزانها وما هنا بيان لذلك المقابل وتفصيل له فافهم (قوله على انها مائة قفيز) قيد بكونه بيع مكايلة لانه لو اشترى حنطة مجازفة في البيت فوجد تحتها دكانا خير بين اخذها بكل الثمن وتركها وكذا لو اشترى بئرا من حنطة على انها كذا وكذا ذراعا فاذا هي اقل واذا كان طعاما في حب فاذا نصفه تبن يأخذه بنصف الثمن لان الحب وعاء يكال فيه فصار المبيع حنطة مقدرة والبيت والبئر لا يكال بهما وشمل ما اذا كان المسمى مشروطا بلفظ أو بالعادة لما في البزازية اتفق اهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع على وجه لا يتفاوت فأعطى رجل ثمنا واشترى وأعطاه اقل من المتعارف ان من اهل البلدة يرجع بالنقصان فيهما من الثمن والا رجع في الخبز لانه فيه متعارف فيلزم الكل لا في اللحم فلا يتم اهـ بحر (قوله أخذ الاقل بحصته أو فسخ) اطلق في تخييره عند النقصان في المثلي وذكر له في البحر قيدين الاول عدم قبضه كل المبيع او بعضه فان قبض الكل لا يخير كما في الخانية يعني بل يرجع في النقصان والثاني عدم كونه مشاهدا له لما في الخانية اشترى سويقا على أن البائع لته بمن من السمن وتقابضا والمشتري ينظر اليه فظهر أنه لته بنصف من جاز البيع ولا خيار للمشتري لان هذا مما يعرف بالعيان فاذا عاينه انتفى الغرور كما لو اشترى صابونا على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن فظهر أنه متخذ من اقل والمشتري ينظر الى الصابون وقت الشراء وكذا لو اشترى قميصا على انه متخذ من عشرة اذرع وهو ينظر اليه فاذا هو من تسعة جاز البيع ولا خيار للمشتري اهـ واعترض في النهر الاول بأن الموجب للتخيير انما هو تفريق الصفقة وهذا القدر ثابت فيما لو وجده بعد القبض ناقصا الا أن يقال انه بالقبض صار راضيا بذلك فتدبره اهـ قلت هذا ظاهر اذا علم بنقصه قبل القبض والا فلا يكون راضيا فينبغي التفصيل تأمل واعترض في النهر أيضا الثاني بأن الكلام في مبيع ينقسم أجزاء الثمن فيه على أجزاء المبيع وما في الخانية ليس منه لتصريحهم بأن السويق قيمي لما بين السويقين من التفاوت الفاحش بسبب القلي وكذا الصابون كما في جامع الفصولين وأما الثوب فظاهر وعلى هذا فما سيأتي من أنه يخير في نقص القيمي بين أخذه بكل الثمن او تركه مقيد بما اذا لم يكن مشاهدا فتدبره اهـ قلت وينبغي أن يكون هذا فيما يمكن معرفة النقصان فيه بمجرد المشاهدة وذلك انما يظهر فيما يفحش نقصانه فاذا شاهده يكون راضيا به ثم ان الظاهر من كلام الخانية انه عند المعاينة يلزم البيع بكل الثمن بلا خيار وكلامنا في التخيير بين الفسخ وأخذ الاقل بحصته لا بكل الثمن فلذا جعل في النهر عدم المشاهدة قيدا في القيمي لا في المثلي اى أنه في القيمي يأخذ الاقل بكل الثمن بلا خيار اذا كان مشاهدا وعن هذا لم يذكره الشارح هنا بل في القيمي (قوله ليس في تبعيضه ضرر) خرج ما في تبعيضه ضرر لما في الخانية لو باع لؤلؤة على انها تزن مثقالا فوجدها اكثر سلمت للمشتري لان الوزن فيما يضره التبعيض وصف بمنزلة الذرعان في الثوب اهـ وفيها القول للمشتري في النقصان وان وزنه له البائع ما لم يقر بانه قبض منه المقدار اهـ نهر (قوله وما زاد للبائع) راجع الى قوله او اكثر قال في النهر وقيده الزاهدي بما لا يدخل تحت الكيلين او الوزنين أما ما يدخل فلا يجب رده واختلف في قدره فقيل نصف درهم في مائة وقيل

والا فان تفاوتت الافراد كالغنم لم يصح في شيء عنده والاصح في واحد عنده كالصبرة وصححاه فيهما في الكل بحر وفي النهر عن العيون والشرنبلالية عن البرهان والقهستاني عن المحيط وغيره وبقولهما يفتى تيسيرا (وان باع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم وهي اقل او اكثر اخذ) المشتري (الاقل بحصته) ان شاء (او فسخ) لتفرق الصفقة وكذا كل مكيل او موزون ليس في تبعيضه ضرر (وما زاد للبائع)

مطلب المعتبر ما وقع عليه العقد وان ظن البائع او المشترى انه اقل او اكثر

لوقوع العقد على قدر معين
(وان باع المذروع مثله) على
انه مائة ذراع مثلا (اخذ)
المشترى (الاقل بكل الثمن
اوترك) الا اذا قبض المبيع
اوشاهده فلا خيار له لانتفاء
الغرور نهر (و) اخذ (الاكثر
بلا خيار للبائع) لان الذرع
وصف لتعيبه بالتبعيض ضد
القدر والوصف لا يقابله شئ
من الثمن الا اذا كان مقصودا
بالتناول كما افاده بقوله (وان
قال) فى بيع المذروع (كل
ذراع بدرهم أخذ الاقل
بحصته) لصيرورته أصلا
بافراده بذكر الثمن (اوترك)
لتفريق الصفقة (وكذا)
أخذ (الاكثر كل ذراع
بدرهم أوفسخ) لدفع ضرر
التزام الزائد (وفسد بيع عشرة
اذرع من مائة ذراع من دار)
أوحمام وصححاه

دانق فى مائة لاحكم له وعن أبى يوسف دانق فى عشرة كثير وقيل مادون حبة عفو فى الدينار وفى القفيز المعتاد
فى زماننا نصف من اه (قوله على قدر معين) فمازاد عليه لا يدخل فى العقد فيكون للبائع بحر ومفاده أن
المعتبر ما وقع عليه العقد من العدد وان كان ظن البائع او المشترى انه اقل او اكثر ولذا قال فى القنية عد الكواغد
فنقصها اربعة وعشرين وأخبر البائع به ثم اضاف العقد الى عينها ولم يذكر العدد ثم زادت على ماظنه فهى حلال
للمشترى * ساومه الحنطة كل قفيز بثمن معين وحاسبوا فبلغ ستمائة درهم فغلطوا وحاسبوا المشترى بخمسمائة
وباعوها منه بالخمسمائة ثم ظهر أن فيها غلطا لا يلزمه الا خمسمائة * أفرز القصاب أربع شياه فقال بائعها هى
بخمسة كل واحدة بدينار وربع فباع القصاب بأربعة دنانير فقال هل بعت هذه بهذا القدر والبائع يعتقد أنها
خمسة صح البيع قال وهذا اشارة الى أنه لا يعتبر ما سبق أن كل واحدة بدينار وربع اه وأقره فى البحر
(قوله وان باع المذروع) كثوب وأرض درمنتقى (قوله على انه مائة ذراع) بيان للمثلية والاولى أن
يزيد بمائة درهم لتتم المماثلة (قوله الا اذا قبض المبيع اوشاهده الخ) قدمنا قريبا أن صاحب البحر ذكر
ذلك فى بيع المثلى كالصبرة اذا ظهر المبيع ناقصا وأنه فى النهر بحث فى الاول بأنه لا فرق بين ماقبل القبض
اوبعده وفى الثانى بأنه مسلم فى نقص القيمى دون المثلى فلذا ذكر الشارح ذلك فى المذروع لانه قيمى وتركه
فى المثلى وكأنه لم يعتبر ما بحثه فى النهر فى الاول وهو اعتبار القبض وقدمنا انه ينبغى التفصيل وأن سقوط
الخيار بالمشاهدة ينبغى أن يكون فيما يدرك نقصانه بالمشاهدة (قوله وأخذ الاكثر) اى قضاء وهل تحل له
الزيادة ديانة فيه خلاف نقله فى البحر عن المعراج قلت وظاهر اطلاق المتون اختيار الحل وفى البحر عن العمدة
لواشترى حطبا على أنه عشرون وقرا فوجده ثلاثين طابت له الزيادة كما فى الذرعان قال فى البحر وهو مشكل
وينبغى أن يكون من قبيل القدر لان الحطب لا يتعيب بالتبعيض فينبغى أن تكون الزيادة للبائع خصوصا ان كان
من الطرفا التى تعورف وزنها بالقاهرة اه (قوله لان الذرع وصف الخ) بيان لوجه الفرق بين القدر
فى المثليات من مكيل وموزون وبين الذرع فى القيميات حيث جعل القدر أصلا والذرع وصفا وبنوا على ذلك
أحكاما منها ماذكروه هنا من مسألة بيع الصبرة على انها مائة قفيز بمائة وبيع المذروع كذلك وقد اختلفوا فى
وجه الفرق على اقوال منها ماذكره الشارح هنا وكذا فى شرحه على الملتقى حيث قال قلت وانما كان الذرع
وصفا دون المقدار لان التشقيص يضر الاول دون الثانى وقالوا ما تعيب بالتشقيص والزيادة والنقصان
وصف وما ليس كذلك اصل وكل ما هو وصف فى المبيع لا يقابله شئ من الثمن الخ (قوله الا اذا كان مقصودا
بالتناول) اى تناول المبيع له كانه جعل كل ذراع مبيعا ط (قوله لصيرورته) اى الذرع اصلا اى مقصودا
كالقدر فى المثليات (قوله بافراده) الباء للسببية (قوله كل ذراع بدرهم) بنصب كل حال من الاكثر
لتأوله بالمشتق اى مذروعا كل ذراع بدرهم (قوله اوفسخ) حاصله أن له الخيار فى الوجهين أما فى النقصان
فلتفرق الصفقة وأما فى الزيادة فلدفع ضرر التزام الزائد من الثمن وهو قول الامام وهو الاصح وقيل الخيار
فيما تتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل وأما فيما لا تتفاوت كالكرباس فلا يأخذ الزائد لانه فى معنى المكيل
كذا فى شرح الملتقى ط وقدمنا وجه كونه فى معنى المكيل وأنه جزم به فى البحر عن غاية البيان ويأتى أيضا
وكذا يأتى فى كلام المصنف ما اذا كانت الزيادة او النقصان بنصف ذراع ففيه تفصيل وفيه خلاف (تنبيه)
قال فى الدرر انما قال فى الاولى اوترك وقال ههنا اوفسخ لان البيع لما كان ناقصا فى الاولى لم يوجد المبيع
فلم ينعقد البيع حقيقة وكان أخذ الاقل بالاقل كالبيع بالتعاطى وفى الثانية وجد المبيع مع زيادة هى تابعة فى
الحقيقة فتدبر اه (قوله من مائة ذراع) قيد به وان كان فاسدا عنده بين جملة ذرعانها أولا لدفع قول الخصاف
ان محل الفساد عنده فيما اذا لم يسم جملتها فانه ليس بصحيح وليصح قوله لا اسهم فانه لولم يبين جملة السهام كان فاسدا
اتفاقا وحينئذ يكون الفساد فيما اذا لم يبين جملة الذرعان مفهوما اولويا افاده فى البحر (قوله من دار أو حمام)
أشار الى أنه لا فرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها ح (قوله وصححاه الخ) ذكر فى غاية البيان نقلا عن الصدر
الشهيد والامام العتابى أن قولهما بجواز البيع اذا كانت الدار مائة ذراع ويفهم هذا من تعليلهما أيضا حيث
قالا لان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة أسهم من مائة سهم وله أن البيع وقع على قدر معين
من الدار لا على شائع لان الذراع فى الاصل اسم لخشبة يذرع بها واستعير هنا لما يحله وهو معين لا مشاع لان

المشاع لا يتصور أن يذرع فاذا اريد به ما يحله وهو معين لكنه مجهول الموضع بطل العقد درر قلت ووجه كون الموضع مجهولا أنه لم يبين انه من مقدم الدار أو من مؤخرها وجوانبها تتفاوت قيمة فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مفضية الى النزاع فيفسد كبيع بيت من بيوت الدار كذا في الكافي عزمية (قوله على الصحيح الخ) حاصله انه اذا سمى جملة الذرعان صح والا فقيل لا يجوز عندهما للجهالة والصحيح الجواز عندهما لانها جهالة بيدهما اي المتبايعين ازالتها بأن تقاس كلها فيعلم نسبة العشرة منها فيعلم المبيع فتح (قوله لشيوع السهم) لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم كما في الفتح اي فهو كبيع عشرة قراريط مثلا من أربعة وعشرين فانه شائع في كل جزء من أجزاء الدار بخلاف الذراع كما مر (قوله فبيع بالتعاطي) بناء على انه لا يلزم في صحته متاركة العقد الاول وقدمنا الكلام عليه (قوله اشترى عددا) أي معدودا وقوله من قيمي بيان له واحترز به عن المثلي كالصبرة وقدمر حكمها وبالعددي عن المذروع ومر حكمه أيضا فافهم قيل ان الاولى أن يقول اشترى قيميا على انه كذا لان كذا عبارة عن العدد مدفوع فافهم (قوله على انه كذا) بأن قال بعتك ما في هذا العدل على انه عشرة أثواب بمائة درهم نهر وفسر الشراء في كلام الكنز بالبيع فلذا صوره به وهو غير لازم (قوله للجهالة) اي جهالة الثمن في النقصان لانه لا تقسم أجزاؤه على أجزاء المبيع القيمي فلم يعلم للثوب الناقص حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا وجهالة المبيع في فصل الزيادة لانه يحتاج الى رد الزائد فيتنازعان في المردود نهر (قوله مثمرا) قيد به لانه لو باع أرضا على أن فيها كذا نخلة فوجدها المشتري ناقصة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك لان الشجر يدخل في بيع الارض تبعا ولا يكون له قسط من الثمن وكذا لو باع دارا على أن فيها كذا كذا بيتا فوجدها ناقصة جاز البيع ويخير على هذا الوجه بحر عن الخانية (قوله فسد) لان الثمر له قسط من الثمن فاذا كانت الواحدة غير مثمرة لم يدخل المعدوم في البيع فصارت حصة الباقي مجهولة فيكون هذا ابتداء عقد في الباقي بثمن مجهول فيفسد البيع بحر عن الخانية (قوله كما لو باع) تنظير لا تمثيل وقوله عدلا بكسر العين في المغرب عدل الشيء مثله من جنسه وفي المقدار أيضا ومنه عدلا الحمل اه فعدل الحمل ما يساوي العدل الآخر في مقداره وهذا شامل للوعاء وما فيه من الثياب ونحوها والمراد به هنا الثياب (قوله فسد) لانه يؤدي الى التنازع في المستثنى بخلاف ما اذا كان معينا (قوله ولو بين الخ) راجع الى قوله اشترى عددا من قيمي (قوله ونقص ثوب) الاولى أن يقول ثوبا كما قال في طرف الزيادة ليكون في نقص ضمير يعود على القيمي وثوبا تمييز وعلى جعله فاعل نقص يحتاج الى تقدير ضمير مجرور بمن يعود على القيمي فتدبر (قوله بقدره) أي بما سوى قدر الناقص فتح ونهر والاولى بقدر ما سوى الناقص او بقدر الموجود المعلوم من المقام أو بقدر القيمي المذكور الذي نقص ثوبا وهذا أقرب بناء على ما قلنا من أن الاولى نصب ثوبا فيتحد مرجع الضمير في نقص وفي بقدره (قوله لجهالة المزيد) فتقع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الاحد عشر كما في النهر (قوله ولورد الزائد) اي الى البائع ان كان حاضرا وقوله او عزله أي افرزه وأبقاه عنده ان كان البائع غائبا (قوله خلاف) مذكور في الشرح والنهر لم يذكر في النهر خلافا وانما ذكره في شرح المصنف وعبارته قلت وفي البزازية اشترى عدلا على أنه كذا فوجده ازيد والبائع غائب يعزل الزائد ويستعمل الباقي لانه ملكه اه وكأنه استحسان والا فالبيع فاسد لجهالة المزيد وقد صرح في الخانية والقنية بأن محمدا قال فيه أستحسن أن يعزل ثوبا من ذلك ويستعمل البقية وفيها قبله اشترى شيأ فوجده أزيد يدفع الزيادة الى البائع والباقي حلال له في المثليات وفي ذوات القيم لا يحل له حتى يشتري منه الباقي الا اذا كانت تلك الزيادة مما لا تجري فيها الضنة فحينئذ يعذر اه وهو يقتضي عدم الحل عند غيبة البائع بالاولى فهو معارض لما تقدم اه ما في شرح المصنف وهو مأخوذ من البحر ويمكن دفع المعارضة بحمل الثاني على القياس فلا ينافي ما مر أنه استحسان ويظهر منه ترجيح ما مر لكن ذكروا الاستحسان في صورة غيبة البائع قال في الخانية فان غاب البائع قالوا يعزل المشتري من ذلك ثوبا ويستعمل الباقي وهذا استحسان أخذ به محمد نظرا للمشتري اه أي لانه عند غيبة البائع يلزم الضرر على المشتري بعدم الانتفاع بالمبيع الى حضور البائع وربما لا يحضر أو تطول غيبته فلذا استحسن محمد عزل ثوب واستعمال الباقي نظرا للمشتري وهذا لا يجري.

وان لم يسم جملتها على الصحيح لان ازالتها بيدهما (لا) يفسد بيع عشرة (أسهم) من مائة سهم اتفاقا لشيوع السهم بلا الذراع بقي لو تراضيا على تعيين الاذرع في مكان لم اره وينبغي انقلابه صحيحا لو في المجلس ولو بعده فبيع بالتعاطي نهر (اشترى عددا من قيمي) ثيابا او غنما جوهرة (على انه كذا فنقص او زاد فسد) للجهالة ولو اشترى أرضا على أن فيها كذا نخلا مثمرا فاذا واحدة فيها لا تثمر فسد بحر (كما لو باع عدلا) من الثياب (او غنما واستثنى واحدا بغير عينه) فسد (ولو بعينه جاز) البيع خانية (ولو بين ثمن كل من القيمي) بأن قال كل ثوب منه بكذا (ونقص) ثوب (صح) البيع (بقدره) لعدم الجهالة (وخير) لتفرق الصفقة (وان زاد) ثوبا (فسد) لجهالة المزيد ولورد الزائد أو عزله هل يحل له الباقي خلاف (اشترى ثوبا) تتفاوت جوانبه فلو لم تتفاوت ككرباس لم تحل له الزيادة ان لم يضره القطع

قوله لم يذكر في النهر الخ سياق هذا الكلام يقتضي ان قوله مذكور في الشرح والنهر من عبارة الشارح ولعلها سهو والا فنسخ الشارح التي بيدي ليس فيها قوله مذكور الخ فليحرر اه مصححه

في صورة حضرة البائع لامكان تجديد العقد معه فالظاهر بقاؤه على القياس وبه ظهر أنه لا معارضة بين الكلامين وأن ماذكره الشارح من اجراء الخلاف في الصورتين غير محرر فافهم (قوله وجاز بيع ذراع منه نهر) عبارة النهر قيدنا بتفاوت جوانبه لانها لو لم تتفاوت كالكرباس لا تسلم له الزيادة لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره النقصان وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه اه (قوله في عشرة وزيادة نصف) أي فيما اذا ظهر انه عشرة ونصف (قوله لانه انفع) كما لو اشتراه معيبا فوجده سالما نهر أي حيث لا خيار له (قوله في تسعة ونصف) أي في نقصانه نصفا عن العشرة (قوله وقال محمد الخ) يوجد قبل هذا في بعض النسخ وقال ابو يوسف يأخذه في الاولى بأحد عشر بالخيار وفي الثانية بعشرة به (قوله وفي الثاني بتسعة ونصف به) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمهما درر وقوله به أي بالخيار لان في الزيادة نفعا يشوبه ضرر بزيادة الثمن عليه وفي النقصان فوات وصف مرغوب فيه نهر (قوله وهو) أي قول محمد أعدل الاقوال قال الاتقاني في غاية البيان وبه نأخذ (قوله لكن صحح القهستاني وغيره الخ) وفي الفتح عن الذخيرة قول ابي حنيفة اصح اه وفي تصحيح العلامة قاسم عن الكبرى انه المختار (قوله فعليه الفتوى) تفريع على ماذكر من تصحيحه ومشي المتون عليه لانه اذا اختلف التصحيح لقولين وكان احدهما قول الامام او في المتون اخذ بما هو قول الامام لانه صاحب المذهب وبما في المتون لانها موضوعة لنقل المذهب وهنا اجتمع الامران فافهم والله سبحانه وتعالى اعلم

(فصل فيما يدخل في البيع تبعا وما لا يدخل)

وفيه ما يصح استثناؤه من المبيع ومسائل اخر (قوله الاصل الخ) في المصباح اصل الشئ اسفله وأساس الحائط اصله حتى قيل اصل كل شئ ما يستند وجود ذلك الشئ اليه اه وفيه ايضا القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط وهو الامر الكلي المنطبق على جميع جزئياته اه فالمراد هنا ان الاصل الذي يستند اليه معرفة هذا الفصل هو أن مسائله مبنية على قاعدتين ولا يخفى أن هذا التركيب صحيح فافهم (قوله على قاعدتين) الاولى أن يقول على ثلاث قواعد كما فعل في الدرر وقال والثالث أن ما لا يكون من القسمين ان كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل في المبيع بذكرها والا فلا اه وقد ذكره الشارح بقوله وما لم يكن من القسمين الخ افاده ط (قوله يعني كل ما هو متناول اسم المبيع) اشار به الى أن البناء في كلام المصنف مثال لا قيد وكذا الدار ط (قوله اتصال قرار الخ) فيدخل الحجارة المخلوقة والمثبتة في الارض والدار لا المدفونة يدل عليه قولهم لو اشترى ارضا بحقوقها وانهدم حائط منها فاذا فيه رصاص او ساج او خشب ان من جملة البناء كالذي يكون تحت الحائط يدخل وان شيأ مودعا فيه فهو للبائع وان قال البائع ليس لي فحكمه حكم اللقطة فقولهم شيأ مودعا يدخل فيه الاحجار المدفونة ويقع كثيرا في بلادنا انه يشتري الارض او الدار فيرى المشتري فيها بعد حفرها احجار المرمر والكدان والبلاط والحكم فيه ان كان مبنيا فللمشتري وان موضوعا لا على وجه البناء فللبائع وهي كثيرة الوقوع فاغتنم ذلك بقي لو ادعى البائع انها كانت مدفونة فلم تدخل والمشتري انها مبنية فقد يقال يتحالفان لانه يرجع الى الاختلاف في قدر المبيع وقد يقال يصدق البائع لان اختلافهما في تابع لم يرد عليه العقد والتحالف على خلاف القياس فيما ورد عليه العقد فلا يقاس عليه غيره والبائع ينكر خروجه عن ملكه والاصل بقاء ملكه فتامل اه ملخصا من حاشية المنح للخير الرملي (قوله وهو ما وضع لا لان يفصله البشر الخ) فيدخل الشجر كما يأتي لاتصالها بها اتصال قرار الا اليابس لانه على شرف القلع كما يأتي ولا يدخل الزرع لانه متصل لان يفصل فأشبه متاعا فيها كما في الدرر وانما يدخل المفتاح لانه تبع للغلق المتصل فهو كالجزء منه اذ لا ينتفع به الا به بخلاف مفتاح القفل كما يأتي والحاصل انه قد يدخل بعض المنقول المنفصل اذا كان تبعا للمبيع بحيث لا ينتفع به الا به فيصير كالجزء كولد البقرة الرضيع بخلاف ولد الاتان وقد يدخل عرفا كقلادة الحمار وثياب العبد (قوله وما لا فلا) تبع فيه الدرر والمناسب اسقاطه ليصح التفصيل في قوله وما لم يكن من القسمين الخ تامل (قوله فان من حقوقه ومرافقه) المرافق هي الحقوق في ظاهر الرواية فهو عطف مرادف والحق ما هو تبع للمبيع ولا بد له منه ولا يقصد الا لاجله كالطريق والشرب للارض كما سيأتي في باب الحقوق ان شاء الله تعالى (قوله دخل بذكرها) أي بذكر الحقوق والمرافق (قوله والا لا) أي

وجاز بيع ذراع منه نهر (على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه بعشرة في عشرة و) زيادة (نصف بلا خيار) لانه انفع (و) اخذه (بتسعة في تسعة ونصف بخيار) لتفرق الصفقة وقال محمد يأخذه في الاول بعشرة ونصف بالخيار وفي الثاني بتسعة ونصف به وهو أعدل الاقوال بحر وأقره المصنف وغيره قلت لكن صحح القهستاني وغيره قول الامام وعليه المتون فعليه الفتوى

(فصل) فيما يدخل في البيع تبعا وما لا يدخل الاصل أن مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احداهما ما أفاده بقوله (كل ما كان في الدار من البناء) يعني كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا يدخل بلا ذكر وذكر الثانية بقوله (او متصلا به تبعا لها دخل في بيعها) يعني أن كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار وهو ما وضع لا لان يفصله البشر دخل تبعا وما لا فلا وما لم يكن من القسمين فان من حقوقه ومرافقه دخل بذكرها والا لا

وان لم يكن من حقوقه ومرافقه لايدخل وان ذكرها فلايدخل الثمر بشراء شجر لانه وان كان اتصاله خلقيا فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع الا اذا قال بكل ما فيها اومنها الا انه حينئذ يكون من المبيع كما فى الدرر (قوله فيدخل البناء والمفاتيح الخ) وكذا العلو والكنيف كما فى الدرر وقوله الآتى فى بيع دار متعلق بيدخل أى اذا باعها بحدودها يدخل ما ذكر وان لم يقل بكل حق لها او بمرافقها كما فى الدرر قال لان الدار اسم لما يدار عليه الحدود والعلو منها وكذا البناء ثم قال لايدخل فى بيعها الظلة والطريق والشرب والمسيل الا به أى بكل حق لها ونحوه أما الظلة فلانها مبنية على هواء الطريق فأخذت حكمه وأما الطريق والشرب والمسيل فلانها خارجة عن الحدود لكنها من الحقوق فتدخل بذكرها وتدخل فى الاجارة بلا ذكرها لانها تعقد للانتفاع ولا يحصل الا به بخلاف البيع لانه قد يكون للتجارة اه قلت وذكر فى الذخيرة أن الاصل أن ما لا يكون من بناء الدار ولا متصلا بها لا يدخل الا اذا جرى العرف فى أن البائع لا يمنعه عن المشترى فالمفتاح يدخل استحسانا لاقياسا لعدم اتصاله وقلنا بدخوله بحكم العرف اه ملخصا ومقتضاه أن شرب الدار يدخل فى ديارنا دمشق المحمية للتعارف بل هو أولى من دخول السلم المنفصل فى عرف مصر القاهرة لان الدار فى دمشق اذا كان لها ماء جار وانقطع عنها اصلا لم ينتفع بها وأيضا اذا علم المشترى انه لا يستحق شربها بعقد البيع لا يرضى بشرائها الا بثمن قليل جدا بالنسبة الى ما يدخل فيها شربها وتمام الكلام على ذلك فى رسالتنا المسماة نشر العرف فى بناء بعض الاحكام على العرف (قوله المتصلة أغلاقها الخ) جمع غلق بفتحتين أى ما يغلق على الباب قال فى الفتح المراد بالغلق ما نسميه ضبة وهذا اذا كانت مركبة لا اذا كانت موضوعة فى الدار اه هذا وانما اقتصر على ذكر المفاتيح للعلم بدخول الاغلاق المتصلة بالاولى لان دخول المفاتيح بالتبعية لها فافهم (قوله كضبة وكيلون) قيل الاول هو المسمى بالسكرة والثانى المسمى بالغال (قوله لا القفل) بضم فسكون أى لا يدخل سواء ذكر الحقوق اولا وسواء كان الباب مغلقا اولا وسواء كان المبيع حانوتا او بيتا او دارا كما فى الخانية بحر (قوله لعدم اتصاله) وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها فى العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما تسمى بمصر درابيب الدكان وقد ذكر فيها عدم الدخول فلا يعول عليه اه فتح أى لانها لا ينتفع بالدكان الا بها (قوله والسلم المتصل) فى عرف القاهرة ينبغى دخوله مطلقا لان بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه ولا يرد عدم دخول الطريق مع انه لا انتفاع الا به لان ملك رقبتها قد يقصد للاخذ بشفعة الجوار ولهذا دخل فى الاجارة بلا ذكر كما سيأتى بحر أى لان اجارة الارض لا يقصد بها الا الانتفاع برقبتها فلذا دخل الطريق فيها بخلاف البيع لكن لا يخفى أن هذا ناقض للجواب لان لقائل أن يقول فى بيوت القاهرة لا يدخل السلم الموضوع لانه قد يقصد بشراء البيت الاخذ بالشفعة أى أن يأخذ بالشفعة ما يجاوره فلم يكن المقصود الانتفاع برقبته حتى يدخل فيه السلم تبعا تامل (قوله المتصلة) هذا يغنى عن قوله قبله المتصل لانه نعت للثلاثة المذكورة ولو جعل نعتا للسرير والدرج لكان المناسب أن يقول المتصلان قال فى البحر ويدخل الباب المركب لا الموضوع ولو اختلفا فيه فادعاه كل فلو مركبا متصلا بالبناء فالقول للمشترى ولو مقلوعا فلو الدار بيد البائع فالقول له والا فللمشترى اه قلت وبه علم حكم ابواب الشبابيك وذلك أن الابواب التى كلها من الدف تدخل ان كانت مركبة متصلة والتى من البلور لا تدخل الا اذا كانت متصلة ايضا لان غير المتصلة توضع وترفع تأمل وأما الدف الذى يفرش فى ايوان البيوت لدفع العفن والنداوة فالظاهر أنه كالسرير المسمى بالتخت فيعتبر فيه الاتصال وعدمه لكن قد يقال ان السرير ينقل ويحول وأما هذا فانه لا ينقل من محله فهو فى حكم المتصل فليتأمل (قوله لو أسفلها مبنيا) أى فيدخل الحجر الاعلى استحسانا وهذا فى ديارهم أما فى ديار مصر لا تدخل الرحى لانها بحجريها تنقل وتحول ولا تبنى فهى كالباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق فتح (قوله والبكرة) أى بكرة البئر التى عليها فتدخل مطلقا لانها مركبة بالبئر اه بحر وظاهر التعليل انها لو لم تكن مركبة بأن كانت مشدودة بحبل او موضوعة بخطاف فى حلقة الخشبة التى على البئر أنها لا تدخل ويحرر وفى الهندية والبكرة والدلو الذى فى الحمام لا يدخل كذا فى محيط السرخسى قال السيد ابو القاسم فى عرفنا للمشترى كذا فى مختارات الفتاوى اه وهذا يقتضى أن المعتبر العرف ط (قوله فى بيعها أى الدار) وهو متعلق بقوله فيدخل كما قدمناه (قوله وكذا بستانها) أى الذى فيها ولو كبير الا لو

(فيدخل البناء والمفاتيح) المتصلة أغلاقها كضبة وكيلون ولو من فضة لا القفل لعدم اتصاله (والسلم المتصل والسرير والدرج المتصلة) والرحى لو اسفلها مبنيا والبكرة لا الدلو والحبل ما لم يقل بمرافقها (فى بيعها) أى الدار وكذا بستانها

خارجها وان كان بابه فيها قاله ابو سليمان وقال الفقيه ابو جعفر يدخل لو أصغر منها ومفتحه فيها الا لو اكبر أومثلها وقيل ان صغر دخل والا لا وقيل يحكم الثمن اه فتح (قوله كما سيجىء فى باب الاستحقاق) صوابه فى باب الحقوق وعبارته وكذا البستان الداخل وان لم يصرح بذلك لا البستان الخارج الا اذا كان اصغر منها فيدخل تبعا ولو مثلها او اكبر فلا الا بالشرط زيلعى وعينى اه وبذلك جزم ايضا فى البحر والنهر هنالك (قوله ويدخل فى بيع الحمام القدور) جمع قدر بالكسر آنية يطبخ فيها مصباح والظاهر أن المراد بها قدر النحاس التى يسخن فيها الماء وتسمى حلة اوالمراد الفساق التى ينزل اليها الماء ويغتسل منها وتسمى أجرانا لكن ان كانت متصلة فلا كلام أما ان كانت منفصلة موضوعة فان كانت كبيرة لاتنقل ولا تحول فالظاهر أنها كالمتصلة والا فلا تأمل قال فى الفتح وأما قدر الصباغين والقصارين وأجاجين الغسالين وخوابى الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذى يدق عليه المثبت كل ذلك فى الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغى أن تدخل كما اذا قال بمرافقها اه اقول بل فى التتارخانية عن الذخيرة انه على قياس مسألة البكرة والسلم ما كان مثبتا فى البناء من هذه الاشياء ينبغى أن يدخل فى البيع اه أى وان لم يقل بحقوقها (قوله وفى الحمار اكافه) فى القاموس اكاف الحمار ككتاب وغراب بردعته وهى الحلس تحت الرحل وقد تنقط داله اه وظاهر كلام الفقهاء انه غيره والعرف انها الخشب فوق البردعة بحر (قوله لا لو من الحمريين) جمع حمرى وهو من يبيع الحمير وكانه لان عادتهم التجارة فيها مجردة عن الاكاف ط قلت يؤيده قوله فى التتارخانية وهذا بحسب العرف وفيها ايضا اذا باع حمارا موكفا دخل الاكاف والبردعة بحكم العرف وفى الظهيرية هو المختار وان لم يكن عليه بردعة ولا اكاف دخلا أيضا كذا اختاره الصدر الشهيد وبعضهم قالوا اذا كان عريانا لا يدخل شئ وفى الخانية أن ابن الفضل قال لا يدخل ولم يفصل بين كونه موكفا اولا وهو الظاهر ثم اذا دخلا لا يكون لهما حصة من الثمن كما فى ثياب الجارية (قوله وتدخل قلادته عرفا) فى الظهيرية باع فرسا دخل العذار بحكم العرف والعذار والمقود واحد اه لكن فى الخانية لا يدخل المقود فى بيع الحمار لانه يتقادبدونه بخلاف الفرس والبعير قال فى الفتح وليتأمل فى هذا (قوله وفى الاتان لا الخ) الفرق أن البقرة لا ينتفع بها الا بالعجل ولا كذلك الاتان ظهيرية (قوله وتدخل ثياب عبد وجارية الخ) هذا اذا بيعا فى الثياب المذكورة والا دخل ما يستر العورة فقط ففى البحر لو باع عبدا او جارية كان على البائع من الكسوة ما يوارى عورته فان بيعت فى ثياب مثلها دخلت فى البيع اه ومثله فى الفتح ودخول ثياب المثل بحكم العرف كما فى التتارخانية وحينئذ فالمدار على العرف (قوله يعطيهما هذه أو غيرها) أى يخير البائع بين أن يعطى ما عليهما او غيره لان الداخل بالعرف كسوة المثل ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشئ وكذا اذا وجد بها عيبا ليس له أن يردها زيلعى زاد فى البحر ولو هلكت الثياب عند المشترى او تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن اه وقول الزيلعى لا يرجع على البائع بشئ قال بعض الفضلاء يعنى من الثمن وأما رجوعه بكسوة مثلها فثابت له كما يعلم من كلامهم اه وفى التتارخانية وكذلك اذا وجد بالجارية عيبا ردها ورد معها ثيابها وان لم يجد بالثياب عيبا اه وعليه فما فى الزيلعى من قوله لو وجد بالجارية عيبا كان له أن يردها بدون تلك الثياب فمعناه كما فى البحر اذا هلكت والا لزم حصولها للمشترى بلا مقابل وهو لا يجوز (قوله او قبضها) أى المشترى وسكت أى البائع لانه كالتسليم منح عن الصيرفية وفى التتارخانية فان سلم البائع الحلى لها فهو لها وان سكت عن طلبه وهو يراه فهو كما لو سلم لها وفيها عن المحيط باع عبدا معه مال فان سكت عن ذكر المال جاز البيع والمال للبائع هو الصحيح ولو باعه مع ماله وسمى مقداره فان كان الثمن من جنسه لا بد أن يكون الثمن ازيد من مال العبد ليكون بازاء مال العبد قدره من الثمن والباقى بازاء العبد وتمامه فيها (قوله ويدخل الشجر الخ) قال فى المحيط كل ماله ساق ولا يقطع اصله كان شجرا يدخل تحت بيع الارض بلا ذكر وما لم يكن بهذه الصفة لا يدخل بلا ذكر لانه بمنزلة الثمرة اه ط عن الهندية (قوله قيد للمسألتين) الاولى البناء وما عطف عليه والثانية الشجر ط (قوله مثمرة كانت اولا الخ) لان محمدا لم يفصل بينهما ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لمن قال ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانها لا تغرس للقرار بل للقطع اذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولمن قال ان الصغيرة لا تدخل فتح وفى التتارخانية عن المحيط ان هذا اصح أى

كما سيجىء فى باب الاستحقاق
ويدخل فى بيع الحمام القدور
لا القصاع وفى الحمار اكافه ان
اشتراه من المزارعين وأهل
القرى لا لو من الحمريين وتدخل
قلادته عرفا ويدخل ولد البقرة
الرضيع وفى الاتان لا رضيعا
اولا به يفتى وتدخل ثياب
عبد وجارية أى كسوة مثلهما
يعطيهما هذه او غيرها لا حليها
الا ان سلمها او قبضها وسكت
وتمامه فى الصيرفية (ويدخل
الشجر فى بيع الارض بلا ذكر)
قيد للمسألتين فبالذكر اولى
(مثمرة كانت اولا) صغيرة
او كبيرة الا اليابسة

عدم التفصيل اهـ قلت لكن فى الذخيرة أن العرائش والاشجار والابنية تدخل لانها ليس لنهايتها مدة معلومة فتكون للتأبيد فتتبع الارض بخلاف الزرع والثمر لان لقطعها غاية معلومة فكانت كالمقطوع اهـ ملخصا ومقتضاه أن غير الثمر المعد للقطع كالزرع الا أن يقال انه ليس له نهاية معلومة (قوله لانها على شرف القلع) فهى كحطب موضوع فيها فتح (قوله كالبناء) اشار بذكره الى أن العلة فى دخول الشجر هى العلة فى دخول البناء وهى انهما وضعا للقرار ط (قوله فلو فيها صغار الخ) نقله فى الفتح عن الخانية ويأتى قريبا ما يفيد أن صغرها وقطعها فى كل سنة غير قيد (قوله وان من وجه الارض لا) أى لا تدخل لانها تكون حينئذ كالثمرة كما يعلم مما نذكره قريبا (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) حاصله انه فى الواقعات صرح بأن القصب لا يدخل بلا شرط لانه مما يقطع فكان بمنزلة الثمرة وأخذ الطرسوسى من التعليل بالقطع أن الحور ونحوه مما يقطع فى اوقات معروفة لا يدخل ونازعه تلميذه ابن وهبان بأن القصب يقطع فى كل سنة فكان كالثمرة بخلاف خشب الحور فلا وجه للالحاق اهـ لكن فى الواقعات أيضا لو فيها اشجار تقطع فى كل ثلاث سنين فلو تقطع من الاصل تدخل ولو من وجه الارض فلا لانها بمنزلة الثمرة قال ابن الشحنة فيه اشارة الى أن العلة كونه يباع شجرا بأصله فلا يكون كالثمرة بخلاف المقطوع من وجه الارض مع بقاء اصله لانه كالثمرة اهـ قلت والحاصل أن الشجر الموضوع للقرار وهو الذى يقصد للثمر يدخل الا اذا يبس وصار حطبا كما مر أما غير الثمر المعد للقطع فان لم يكن له نهاية معلومة فلا يدخل أيضا بخلاف ما اعد للقطع فى زمن خاص كأيام الربيع او فى كل ثلاث سنين فهو على التفصيل المذكور ولا يخفى أن الحور بالمهملتين ليس لقطعه نهاية معلومة والله سبحانه اعلم هذا واعلم انه نقل فى البحر وكذا فى شرح الوهبانية عن الخانية انه لو باع ارضا فيها رطبة اوزعفران او خلاف يقلع فى كل ثلاث سنين اورياحين اوبقول قال الفضلى ما على وجه الارض بمنزلة الثمر لا يدخل بلا شرط وما فى الارض من اصولها يدخل لان اصولها للبقاء بمنزلة البناء وكذا لو كان فيها قصب او حشيش او حطب نابت يدخل اصوله لا ما على وجه الارض واختلفوا فى قوائم الخلاف والصحيح انه لا تدخل اهـ وفى شرح الوهبانية أن هذا التفصيل انسب لمقتضى قواعدهم اهـ (قوله دخل الوثائل الخ) الوثل بالتحريك الحبل من الليف والوثيل نبت كذا فى جامع اللغة اهـ ح وهو المنقول عن القنية وفى نسخة الوتائر وهو جمع وتيرة وهى ما يوتر بالاعمدة من البيت كالوترة محركة كذا فى القاموس ثم قال وترها يترها علق عليها اهـ فالمراد ما يعلق عليه الكرم والذى وقع فيما رأيته من نسخ المنح يدخل الوتائر المشدودة على الاوتار المنصوبة فى الارض اهـ ط قلت والذى رأيته فى الشرح وكذا فى المنح الوتائد المشدودة على الاوتاد الخ بالدال المهملة فى الموضعين تأمل (قوله وكذا الاعمدة المدفونة فى الارض) قال فى المنح تقييده بالمدفونة يفيد أن الملقاة على الارض لا تدخل لانها بمنزلة الحطب الموضوع فى الكرم وصارت المسألة واقعة الفتوى فيفتى بالدخول فى المبيع ان كانت مدفونة وهى المسماة فى ديارنا بيرابير الكرم اهـ (قوله وفى النهر الخ) قال فيه ولذا قال فى القنية اشترى دارا فذهب بناؤها لم يسقط شئ من الثمن وان استحق اخذ الدار بالحصة ومنهم من سوى بينهما اهـ ونحوه ذلك ثياب الجارية كما سلف ط وفى الكافى رجل له أرض بيضاء ولآخر فيها نخل فباعهما رب الارض باذن الآخر بألف وقيمة كل واحد خمسمائة فالثمن بينهما نصفان فان هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشترى بين الترك واخذ الارض بكل الثمن لان النخل كالوصف والثمن بمقابلة الاصل لا الوصف فلذا لا يسقط شئ من الثمن اهـ وقيده فى البحر بما اذا لم يفصل ثمن كل فلو فصل سقط قسط النخل بهلاكها كما فى تلخيص الجامع (تنبيه) فى حاشية السيد ابى السعود استفيد من كلامهم انه اذا كان لباب الدار المبيعة كيلون من فضة لا يشترط أن ينقد من الثمن ما يقابله قبل الافتراق لدخوله فى البيع تبعا ولا يشكل بما سيأتى فى الصرف من مسألة الامة مع الطوق والسيف المحلى لان دخول الطوق والحلية فى البيع لم يكن على وجه التبعية لكون الطوق غير متصل بالامة والحلية وان اتصلت بالسيف الا أن السيف اسم للحلية أيضا كما سيأتى فى الصرف فكانت من مسمى السيف اذا علم هذا ظهر أنه فى بيع الشاش ونحوه اذا كان فيه علم لا يشترط تقدما قابل العلم من الثمن قبل الافتراق خلافا لمن توهم ذلك من بعض اهل العصر لان العلم لم يكن من مسمى المبيع فكان دخوله على وجه التبعية فلا يقابله حصة من الثمن اهـ قلت وما ذكره فى الكيلون غير مسلم وسنذكر تحرير المسألة فى باب الصرف ان شاء الله تعالى (قوله ولا يدخل الزرع الخ)

لانها على شرف القلع فتح (اذا كانت موضوعة فيها) كالبناء (للقرار) فلو فيها صغار تقلع زمن الربيع ان من أصلها تدخل وان من وجه الارض لا الا بالشرط وتمامه فى شرح الوهبانية وفى القنية شرى كرما دخل الوثائل المشدودة على الاوتاد المنصوبة فى الارض وكذا الاعمدة المدفونة فى الارض التى عليها اغصان الكرم المسماة بأرض الخليل بركائز الكرم وفى النهر كل ما دخل تبعا لا يقابله شئ من الثمن لكونه كالوصف وذكره المصنف فى باب الاستحقاق قبيل السلم (ولا يدخل الزرع فى بيع الارض بلا تسمية)

مطلب
كل ما دخل تبعا لا يقابله شئ من الثمن

اطلاقه يعم ما اذا لم ينبت لانه حينئذ يمكن اخذه بالغربال وما اذا عفن واختار الفضلي وتبعه في الذخيرة انه حينئذ يكون للمشتري لانه لا يجوز بيعه على الانفراد وبالاطلاق اخذ ابو الليث نهر وقال في الفتح واختار الفقيه ابو الليث انه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف اهـ (قوله الا اذا نبت ولا قيمة له) ذكر في الهداية قولين في هذه المسألة بلا ترجيح وذكر في التجنيس أن الصواب الدخول كما نص عليه القدوري والاسبيجابي والخلاف مبني على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل قال في الفتح يعني أن من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز قال لا يدخل ولا يخفى أن كلا من الاختلافين مبني على سقوط تقومه وعدمه فان القول بعدم جواز بيعه وبعدم دخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقومه والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كالولد رجاء حياته فينتفع به في ثاني الحال اهـ ما في الفتح وظاهره اختيار عدم الدخول لاختياره جواز بيعه وبه صرح في السراج حيث قال لو باعه بعد ما نبت ولم تنله المشافر والمناجل ففيه روايتان والصحيح انه لا يدخل الا بالتسمية ومنشأ الخلاف هل يجوز بيعه اولا والصحيح الجواز اهـ والحاصل أن الصور اربع لانه اما أن يكون بعد النبات أو قبله وعلى كل اما أن يكون له قيمة اولا ولا يدخل في الكل لكن وقع الخلاف فيما ليس له قيمة قبل النبات او بعده ففي الثانية الاصح الدخول كما ذكره الشارح بل علمت أنه الصواب وظاهر الفتح اختيار عدمه وبه صرح في السراج وكذا في الاولى اختلف الترجيح فاختار الفضلي الدخول واختار ابو الليث عدمه كما قدمناه عن النهر والفتح واقتصار الشارح على استثناء الثانية فقط يفيد ترجيح ما اختاره ابو الليث في الاولى لكن قدمنا عن الفتح أن اختيار أبي الليث انه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف يعني صاحب الهداية وظاهره عدم الدخول في الصور الاربع وقد وقع في البحر ههنا خلل في فهم كلام السراج المتقدم وفي بيان الخلاف في الصور المذكورة والصواب ما ذكرناه كما اوضحته فيما علقته عليه فافهم (تنبيه) قيد بالبيع لانه في رهن الارض يدخل الشجر والثمر والزرع وفي وقفها يدخل البناء والشجر لا الزرع وكذا لو أقر بأرض عليها زرع او شجر دخل ولا يدخل الزرع في اقالة الارض وتمامه في البحر (قوله ولا الثمر في بيع الشجر) الثمر بمثلثة الحمل الذي تخرجه الشجرة وان لم يؤكل فيقال ثمر الاراك والعوسج والعنب مصباح وفي الفتح ويدخل في الثمرة الورد والياسمين ونحوهما من المشمومات نهر وشمل ما اذا بيع الشجر مع الارض او وحده كان له قيمة اولا بحر (قوله ليفيد أنه لا فرق) أي بين أن يسمي الزرع والثمر بأن يقول بعتك الارض وزرعها او بزرعها او الشجر وثمره اومعه اوبه وبين أن يخرجه مخرج الشرط فيقول بعتك الارض على أن يكون زرعها لك او بعتك الشجر على أن يكون الثمر لك كذا في المنح اهـ ح ومثله في البحر (قوله وخصه بالثمر) أي خص ذكر الشرط بمسألة الثمر دون مسألة الزرع مع امكان العكس اتباعا للحديث المذكور الذي استدل به الامام محمد على انه لا فرق بين كون الثمر مؤبرا أولا والتأبير التلقيح وهو أن يشق الكم ويذر فيه من طلع النخل ليصلح اناثها والكم بالكسر وعاء الطلع وأما حديث الكتب الستة من باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع فلا يعارضه لان مفهوم الصفة غير معتبر عندنا وما قيل من أن الحديث الاول غريب ففيه أن المجتهد اذا استدل بحديث كان تصحيحا له كما في التحرير وغيره ثم يرد ما في الفتح ان حمل المطلق على المقيد هنا واجب لانه في حادثة واحدة في حكم واحد ثم اجاب عنه بأنهم قاسوا الثمر على الزرع كما قال في الهداية انه متصل للقطع لا للبقاء وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا واعترض في البحر قوله ان حمل المطلق على المقيد واجب الخ بأنه ضعيف لما في النهاية من أن الاصح انه لا يجوز لا في حادثة ولا في حادثتين حتى جوز أبو حنيفة التيمم بجميع أجزاء الارض بحديث جعلت لي الارض مسجدا وطهورا ولم يحمل هذا المطلق على المقيد وهو حديث التراب طهور اهـ اقول اجبت عنه فيما علقته على البحر بأن المقيد هنا لا ينفي الحكم عما عداه لان التراب لقب ومفهوم اللقب غير معتبر الا عند فرقة شاذة ممن اعتبر المفاهيم فليس مما يجب فيه الحمل فلا دلالة في ذلك على انه لا يحمل في حادثة عندنا كيف وحمل المطلق على المقيد عند اتحاد الحكم والحادثة مشهور عندنا مصرح به في متن المنار والتوضيح والتلويح وغيرها فما استند اليه من كلام النهاية غير مسلم فافهم (قوله ويؤمر البائع بقطعهما) أي فيما اذا باع أرضا فيها زرع لم يسمه او شجرا عليها ثمر لم يشترطه حتى بقي الزرع والثمر على ملك البائع (قوله الزرع والثمر) بدل من ضمير التثنية وقوله الارض والشجر بدل

قوله قبل أن تناله المشافر والمناجل اى قبل أن يمكن اكل الدواب له وتناوله بمشافرها وقبل أن يمكن حصده بالمناجل فان مشفر البعير شفته جمعها مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع جمعه مناجل اهـ منه

الا اذا نبت ولا قيمة له فيدخل في الاصح شرح المجمع (و) لا (الثمر في بيع الشجر بدون الشرط) عبر هنا بالشرط وثمة بالتسمية ليفيد أنه لا فرق وأن هذا الشرط غير مفسد وخصه بالثمر اتباعا لقوله صلى الله عليه وسلم الثمرة للبائع الا أن يشترطه المبتاع (ويؤمر البائع بقطعهما) الزرع والثمر (وتسليم المبيع) الارض والشجر

مطلب
المجتهد اذا استدل بحديث كان تصحيحا له

مطلب
في حمل المطلق على المقيد

من المبيع (قوله عند وجوب تسليمهما) أى تسليم الارض والشجر وذلك عند نقد المشترى الثمن (قوله لم يؤمر به) أى بالقطع لعدم وجوب التسليم (قوله وان لم يظهر صلاحه) الاولى صلاحهما أى الزرع والثمر وهو المناسب لقوله بقطعهما (قوله لان ملك المشترى مشغول الخ) علة لقوله ويؤمر البائع بقطعهما الخ وفى النهر عن جامع الفصولين باع شجرا عليه ثمر أو كرما عليه عنب لايدخل الثمر فلو استأجر الشجرة من المشترى ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن يعار الى الادراك فلو ابى المشترى يخير البائع ان شاء ابطل البيع اوقطع الثمر اه وسيذكره الشارح آخر الباب فتامله مع قول المتون ويؤمر البائع بالقطع فانه ينافى التخيير المذكور ولعله قول آخر فليحرر (قوله ومافى الفصولين) أى جامع الفصولين لابن قاضى سماوة جمع فيه بين فصولى العمادى والاستروشنى ط (قوله محمول على ما اذا رضى المشترى) أى رضى بابقاء الزرع بأجر مثل الارض والا أمر البائع بالقلع توفيقا بين كلامهم وأما اذا انقضت المدة فى الاجارة فللمستأجر أن يبقى الزرع بأجر المثل الى انتهائه لانها للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشراء لانه لملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع بحر (قوله ومن باع ثمرة بارزة) لما فرغ من بيع الثمر تبعا للشجر شرع فى بيعه مقصودا ولم يذكر حكم بيع الزرع والشجر مقصودا قال فى الدرر لايصح بيع الزرع قبل صيرورته بقلا لانه ليس بمنتفع به وتابع للارض فيكون كالوصف فلا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده وان باع على أن يتركه حتى يدرك لم يجز وكذا الرطبة والبقول ويجوز بيع حصته من شريكه مطلقا أى سواء بلغ اوان الحصاد أولا ومن غيره بغير اذنه ان لم يفسخ الى الحصاد فانه حينئذ ينقلب الى الجواز كما اذا باع الجذع فى السقف ولم يفسخ البيع حتى أخرجه وسلمه اه ويأتى فى المتن بيع البر فى سنبله وفى البحر عن الظهيرية اشترى شجرة للقلع يؤمر بقلعها بعروقها وليس له حفر الارض الى انتهاء العروق بل يقلعها على العادة الا ان شرط البائع القطع على وجه الارض او يكون فى القلع من الاصل مضرة للبائع ككونها بقرب حائط اوبئر فيقطعها على وجه الارض فان قطعها اوقلعها فنبت مكانها أخرى فالنابت للبائع الا اذا قطع من اعلاها فهو للمشترى سراج ولو اشترى نخلة ولم يبين انها للقلع او للقرار قال ابو يوسف لا يملك ارضها وأدخل محمد ما تحتها وهو المختار وان اشتراها للقطع لا تدخل الارض اتفاقا وان للقرار تدخل اتفاقا وان باع نصيباله من شجرة بلا اذن الشريك جاز ان بلغت اوان قطعها والا فلا اه وقدمنا فى الشركة حكم بيع الحصة الشائعة من ثمر اوزرع اوشجر مفصلا موضحا فراجعه (قوله اما قبل الظهور) اشار الى أن البروز بمعنى الظهور والمراد به انفراك الزهر عنها وانعقادها ثمرة وان صغرت (قوله ظهر صلاحها اولا) قال فى الفتح لا خلاف فى عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا فى عدم جوازه بعد الظهور وقبل بدو الصلاح بشرط الترك ولا فى جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا فى الجواز بعد بدو الصلاح لكن بدو الصلاح عندنا أن تؤمن العاهة والفساد وعند الشافعى هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو فى بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف فى معناه لا بشرط القطع فعند الشافعى ومالك وأحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به فى الاكل ولا فى علف الدواب فيه خلاف بين المشايخ قيل لايجوز ونسبه قاضى خان لعامة مشايخنا والصحيح انه يجوز لانه مال منتفع به فى ثانى الحال ان لم يكن منتفعا به فى الحال والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكمثرى اول ما تخرج مع اوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب اذا باع بشرط القطع اومطلقا اه (قوله لايصح فى ظاهر المذهب) قال فى الفتح ولو اشتراها مطلقا أى بلا شرط قطع او ترك فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التميز فأشبه هلاكه قبل التسليم ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشترى فى مقداره مع يمينه لانه فى يده وكذا فى بيع الباذنجان والبطيخ اذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا اه ومقتضاه انها لو أثمرت بعد القبض يصح البيع فى الموجود وقت البيع فاطلاق المصنف تبعا للزيلعى محمول على ما اذا باع الموجود والمعدوم كما يفيده ما يأتى عن الحلوانى وما ذكره فى الفتح من التفصيل محمول على ما اذا باع الموجود فقط وعلى هذا فقول الفتح عقب ما قدمناه عنه وكان الحلوانى يفتى بجوازه فى الكل الخ لا يناسب التفصيل الذى ذكره لانه لا وجه لجواز البيع فى الكل اذا وقع البيع على الموجود فقط فاغتنم هذا التحرير (قوله وأفتى الحلوانى بالجواز) وزعم انه مروى

عن

قوله فلو استاجر الشجرة هكذا بخطه والاولى الشجر بلاتاء ليناسب سابقه ولاحقه اه مصححه

مطلب
فى بيع الثمر والزرع والشجر مقصودا

عند وجوب تسليمهما فلو لم ينقد الثمن لم يؤمر به خانية

(وان لم يظهر) صلاحه لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فجبر على تسليمه فارغا (كما لو أوصى بنخل لرجل وعليه ثمر حيث تجبر الورثة على قطع الثمر هو المختار) من الرواية ولوالجية ومافى الفصولين باع أرضا بدون الزرع فهو للبائع بأجر مثلها محمول على ما اذا رضى المشترى نهر

(ومن باع ثمرة بارزة) أما قبل الظهور فلا يصح اتفاقا (ظهر صلاحها اولا صح) فى الاصح (ولو برز بعضها دون بعض لا) يصح (فى ظاهر المذهب) وصححه السرخسى وافتى الحلوانى بالجواز

عن اصحابنا وكذا حكى عن الامام الفضلي وقال استحسن فيه لتعامل الناس وفي نزع الناس عن عادتهم حرج قال في الفتح وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد في بيع الورد على الاشجار فان الورد متلاحق وجوّز البيع في الكل وهو قول مالك اه قال الزيلعي وقال شمس الائمة السرخسي والاصح انه لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لانه يمكنه أن يبيع الاصول على ما بينا او يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده او يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم مصادما للنص وهو ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم اه قلت لكن لا يخفى تحقق الضرورة في زماننا ولا سيما في مثل دمشق الشام كثيرة الاشجار والثمار فانه لغلبة الجهل على الناس لا يمكن الزامهم بالتخلص بأحد الطرق المذكورة وان امكن ذلك بالنسبة الى بعض أفراد الناس لا يمكن بالنسبة الى عامتهم وفي نزعهم عن عادتهم حرج كما علمت ويلزم تحريم اكل الثمار في هذه البلدان اذ لا تباع الا كذلك والنبي صلى الله عليه وسلم انما رخص في السلم للضرورة مع انه بيع المعدوم فحيث تحققت الضرورة هنا أيضا امكن الحاقه بالسلم بطريق الدلالة فلم يكن مصادما للنص فلذا جعلوه من الاستحسان لان القياس عدم الجواز وظاهر كلام الفتح الميل الى الجواز ولذا أورد له الرواية عن محمد بل تقدم أن الحلواني رواه عن اصحابنا وما ضاق الامر الا اتسع ولا يخفى أن هذا مسوّغ للعدول عن ظاهر الرواية كما يعلم من رسالتنا المسماة نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف فراجعها (قوله لو الخارج اكثر) ذكر في البحر عن الفتح أن ما نقله شمس الائمة عن الامام الفضلي لم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد اكثر بل قال عنه أجعل الموجود أصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا (قوله ويقطعها المشتري) أي اذا طلب البائع تفريغ ملكه وهذا راجع لاصل المسألة (قوله جبرا عليه) مفاده انه لا خيار للمشتري في ابطال البيع اذا امتنع البائع عن ابقاء الثمار على الاشجار وفيه بحث لصاحب البحر والنهر سيذكره الشارح آخر الباب (قوله فسد) أي مطلقا كما يرشد اليه التفصيل في القول المقابل له فافهم وعلل في البحر الفساد بأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير (قوله كشرط القطع على البائع) في البحر عن الولوالجية باع عنبا جزافا وكذا الثوم في الارض والجزر والبصل فعلى المشتري قطعه اذا خلى بينه وبين المشتري لان القطع انما يجب على البائع اذا وجب عليه الكيل او الوزن ولم يجب لانه لم يبع مكايلة ولا موازنة (قوله وبه يفتى) قال في الفتح ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الائمة الثلاثة واختاره الطحاوي لعموم البلوى (قوله بحر عن الاسرار) عبارة البحر وفي الاسرار الفتوى على قول محمد وبه أخذ الطحاوي وفي المنتقى ضم اليه ابا يوسف وفي التحفة والصحيح قولهما (قوله لكن في القهستاني عن المضمرات) حقه أن يقول عن النهاية لان عبارة القهستاني مع المتن وشرط تركها على الشجر والرضى به يفسد البيع عندهما وعليه الفتوى كما في النهاية ولا يفسد عند محمد ان بدا صلاح بعض وقرب صلاح الباقي وعليه الفتوى كما في المضمرات اه وما نقله القهستاني عن المضمرات مخالف لما في الهداية والفتح والبحر وغيرها من حكاية الخلاف في الذي تناهى صلاحه فانه صريح في تناهي الصلاح لا في بدوّه وايضا المتبادر منه صلاح الكل تأمل (قوله فتنبه) اشار به الى اختلاف التصحيح وتخيير المفتي في الافتاء بأيهما شاء لكن حيث كان قول محمد هو الاستحسان يترجح على قولهما تأمل (قوله قيد باشتراط الترك) أي قيد المصنف الفساد به (قوله مطلقا) أي بلا شرط ترك او قطع وظاهره ولو كان الترك متعارفا مع انهم قالوا المعروف عرفا كالمشروط نصا ومقتضاه فساد البيع وعدم حل الزيادة تأمل (قوله طاب له الزيادة) هي ما زاد في ذات المبيع فلا ينافي ما قدمناه من انه لو أثمرت ثمرا آخر فان قبل القبض فسد البيع او بعده يشتركان فيه لان ذاك في الزيادة على المبيع مما لم يقع عليه البيع وهذا في زيادة ما وقع عليه البيع كما افاده في النهر وحاصله أن المراد هنا الزيادة المتصلة لا المنفصلة (قوله تصدق بما زاد في ذاتها) لحصوله بجهة محظورة بحر وتعرف الزيادة بالتقويم يوم البيع والتقويم يوم الادراك فالزيادة تفاوت ما بينهما ط عن العيني (قوله لم يتصدق بشئ) نعم عليه اثم غصب المنفعة فتح (قوله بطلت الاجارة) وان عين المدة درمنتقى فان اصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان الا أن الشرع اجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر

لو الخارج اكثر زيلعي (ويقطعها المشتري في الحال) جبرا عليه (وان شرط تركها على الاشجار فسد) البيع كشرط القطع على البائع ساوي (وقيل) قائله محمد (لا) يفسد (اذا تناهت) الثمرة للتعارف فكان شرطا يقتضيه العقد (وبه يفتى) بحر عن الاسرار لكن في القهستاني عن المضمرات انه على قولهما الفتوى فتنبه قيد باشتراط الترك لانه لو شراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الزيادة وان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاتها وان بعدما تناهت لم يتصدق بشئ وان استأجر الشجر الى وقت الادراك بطلت الاجارة وطابت الزيادة لبقاء الاذن

أشجار الصيف عليها انسابه لم يجز ذكره الكرخي فتح (قوله لترك الزرع) الاولى تعبير الهداية وغيرها بقوله الى أن يدرك الزرع أي الى وقت ادراكه بلا ذكر مدة (قوله ولم تطب الزيادة) أى الزيادة على الثمرة وعلى ماغرم من اجرة المثل ط عن العينى (قوله كما حررناه فى شرحه) ونصه لفساد الاذن بفساد الاجارة وفساد المتضمن يوجب فساد المتضمن بخلاف الباطل فانه معدوم شرعا اصلا ووصفا فلا يتضمن شيأ فكانت مباشرته عبارة عن الاذن اه ح وحاصل الفرق كما فى الفتح وغيره أن الفاسد له وجود لانه فات الوصف دون الاصل فكان الاذن ثابتا فى ضمنه فيفسد بخلاف الباطل فانه لا وجود له اصلا فلم يوجد الا الاذن ولا يخفى أن هذا الفرق ينافى ما مر اول البيوع من أن البيع بعد عقد فاسد او باطل لا ينعقد قبل متاركة العقد الاول وينافى فروعا أخر مذكورة فى آخر الفن الثالث من الاشباه عند قوله فائدة اذا بطل الشئ بطل ما فى ضمنه فراجعها متأملا (قوله والحيلة) فى أن يطيب للمشترى ما زاد فى ذات المبيع وما لم يكن بارزا وقت العقد (قوله أن يأخذ) أى المشترى (قوله معاملة) أى مساقاة لمدة معلومة كما فى القنية (قوله على أن له الخ) أى للبائع قال فى شرحه على الملتقى وينبغى أن يقول المشترى للبائع بعد ما دفع الثمن اخذت منك هذا الشجر معاملة على أن لك جزأ من ألف جزء ولى ألف جزء الا جزأ أى من الثمر ذكره الشمنى وفيه أن المشترى قد أخذ الثمر شراء فكيف يأخذ معاملة الا أن يقال انه دفع له الثمن على وجه التبرع ويكون الاعتبار على عقد المعاملة اه قلت الشراء انما وقع على البارز وقت العقد والمعاملة لاجل طيب ما لم يبرز بعد وطيب ما زاد فى ذات البارز نعم هذه الحيلة انما تتأتى اذا لم يكن الشجر وقفا او ليتيم لعدم الحظ والمصلحة فى اخذه جزأ من ألف جزء والباقى للمشترى كما ذكر الشارح نظيره فى اول كتاب الاجارة (قوله وأن يشترى الخ) هذه حيلة ثانية وبيانها أن المشترى اما أن يكون مما وجد شيأ فشيأ وقد وجد بعضه اولم يوجد منه شئ كالباذنجان والبطيخ والخيار أو يوجد كله لكنه لم يدرك كالزرع والحشيش او يكون وجد بعضه دون بعض كثمر الاشجار المختلفة الانواع ففى الاول يشترى الاصول ببعض الثمن ويستأجر الارض مدة معلومة بباقى الثمن لئلا يأمره البائع بالقلع قبل خروج الباقى اوقبل الادراك وفى الثانى يشترى الموجود من الحشيش والزرع ويستأجر الارض كما قلنا وفى الثالث يشترى الموجود من الثمر بكل الثمن ويحل له البائع ما سيوجد لان استيجار الارض لا يتأتى هنا لان الاشجار باقية على ملك البائع وقيامها فى الارض مانع من صحة استيجار الارض الا أن يأخذها اولا معاملة كما مر لانها تصير فى تصرفه او تكون الاشجار على المسناة فانها حينئذ لا تمنع صحة اجارة الارض كما يعلم من بابها ومسألة الاحلال تتأتى فى الاول والثانى أيضا (قوله ببعض الثمن) تنازع فيه يشترى الاول ويشترى الثانى فى المسألتين وقوله ويستأجر الارض راجع للمسألتين أيضا كما علم مما قررناه (قوله وفى الاشجار الموجود) أى وفى ثمار الاشجار يشترى الموجود منها (قوله فان خاف الخ) قال فى جامع الفصولين اقول كتبت فى لطائف الاشارات انهم قالوا لو قال وكلتك بكذا على انى كلما عزلتك فأنت وكيلى صح وقيل لا فاذا صح يبطل العزل عن المعلقة قبل وجود الشرط عند أبى يوسف وجوزه محمد فيقول فى عزله رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة اه رملى وحاصله انه على قول محمد يمكن الرجوع هنا عن الاحلال بأن يقول رجعت عن الاحلال المعلق وعن المنجز فيتعين حينئذ الاحتيال بالمعاملة على الاشجار كما مر (قوله فى الترك) المناسب فى الاكل لان فرض المسألة انه احل له ما يوجد فى المستقبل والترك انما يناسب الموجود الا أن يدعى أن المراد ما يوجد من الزيادة فى ذات المبيع الموجود (تتمة) اشترى الثمار على رؤس الاشجار فرأى من كل شجرة بعضها يثبت له خيار الرؤية بحر ثم ذكر حكم بيع المغيب فى الارض وسيأتى الكلام عليه ان شاء الله تعالى فى اول البيع الفاسد (قوله ما جاز ايراد العقد عليه الخ) هذه قاعدة مذكورة فى عامة المعتبرات مفرع عليها مسائل منها ما ذكرهنا منح (قوله صح استثناؤه منه) أى من العقد كما هو مصرح به فى عبارة الفتح وهذا اولى من جعل الضمير فى منه راجعا للمبيع المعلوم من المقام فافهم ولا يصح ارجاعه الى ما لانها واقعة على المستثنى فيلزم استثناء الشئ من نفسه كما لا يخفى قال فى الفتح وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل من الجارية او الشاة وأطراف الحيوان لا يجوز كما لو باع هذه الشاة الا أليتها او هذا العبد الا يده فيصير مشتركا متميزا بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع

مطلب فساد المتضمن يوجب فساد المتضمن

ولو استأجر الارض لترك الزرع فسدت لجهالة المدة ولم تطب الزيادة ملتقى الابحر لفساد الاذن بفساد الاجارة بخلاف الباطل كما حررناه فى شرحه والحيلة أن يأخذ الشجرة معاملة على أن له جزأ من ألف جزء وأن يشترى اصول الرطبة كالباذنجان وأشجار البطيخ والخيار لكون الحادث للمشترى وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستأجر الارض مدة معلومة يعلم فيها الادراك بباقى الثمن وفى الاشجار الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف أن يرجع يقول على انى متى رجعت فى الاذن تكون مأذونا فى الترك شمنى ملخصا (ما جاز ايراد العقد عليه بانفراده صح استثناؤه منه)

فانه جائز اه أى كبيع العبد الا نصفه مثلا لانه غير متميز فى جزء بعينه بل شائع فى جميع أجزائه فيجوز (قوله يصح افرادها) بأن يوصى بها وحدها دون الرقبة اه ح (قوله دون الاستثناء) بأن يوصى له بعبد دون خدمته اه ح وقيد بالخدمة لان الحمل يصح استثناؤه فى الوصية حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية والفرق أن الوصية اخت الميراث والميراث يجرى فيما فى البطن بخلاف الخدمة والغلة كالخدمة بحر من البيع الفاسد (قوله وشاة معينة من قطيع) أما لو غير معينة فلا يجوز كثوب غير معين من عدل أفاده فى البحر (قوله وأرطال معلومة) أفاد أن محل الاختلاف الآتى ما اذا استثنى معينا فان استثنى جزأ كربع وثلث فانه صحيح اتفاقا كما فى البحر عن البدائع قلت ووجهه أن ما يقدر بالرطل شئ معين بخلاف الربع مثلا فانه غير معين بل هو جزء شائع كما قلنا آنفا ونظيره ما قدمناه عند قوله وفسد بيع عشرة اذرع من مائة ذراع من دار لا اسهم وقيد بالارطال لانه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لانه استثناء القليل من الكثير بخلاف الارطال لجواز أن لا يكون الا ذلك القدر فيكون استثناء الكل من الكل بحر عن البناية ومقتضاه أنه لو علم انه يبقى اكثر من المستثنى يصح ولو المستثنى أرطالا على رواية الحسن الآتية وهو خلاف ما يدل عليه كلام الفتح من تعليل هذه الرواية بأن الباقى بعد اخراج المستثنى ليس مشارا اليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا وان ظهر آخرا انه بقى مقدار معين لان المفسد هو الجهالة القائمة اه ومقتضاه الفساد باستثناء الرطل الواحد أيضا على هذه الرواية تأمل (قوله لصحة ايراد العقد عليها) أى على القفيز والشاة المعينة والارطال المعلومة وهو تعليل لقوله فصح افاد به دخول ما ذكر تحت القاعدة المذكورة (قوله ولو الثمر على رؤس النخل) فيصح اذا كان مجذوذا بالاولى لانه محل وفاق (قوله على الظاهر) متعلق بقوله فصح ومقابل ظاهر الرواية رواية الحسن عن الامام انه لا يجوز واختاره الطحاوى والقدورى لان الباقى بعد الاستثناء مجهول وفى الفتح انه اقيس بمذهب الامام فى مسألة بيع الصبرة واجاب عنه فى النهر فراجعه (قوله بغير سنبل البر) متعلق ببيع والباء فيه للبدل قال الخير الرملى فى حاشية البحر سيأتى فى الربا أن بيع الحنطة الخالصة بحنطة فى سنبلها لا يجوز ويجب تقييده بما اذا لم تكن الحنطة الخالصة اكثر من التى فى سنبلها وقد صرح بذلك فى الخانية ويعلم بذلك أنه يجوز بيع التى فى سنبلها معه بالاخرى التى فى سنبلها معه صرفا للجنس الى خلافه اه وبه ظهر أن قول المصنف كبيع بر فى سنبله ان أراد به بيع الحب فقط كما يشعر به قول الشارح الآتى وعلى البائع اخراجه فتقييده بقوله بغير سنبل البر احترازا عما اذا باعه بسنبل البر أى بالبر مع سنبله فانه لا يجوز اذا لم يكن الحب الخالص اكثر أما اذا كان اكثر يكون الزائد بمقابلة التبن فيجوز وان أراد به بيع البر مع السنبل فلا يصح تقييده بقوله بغير سنبله لما علمت من جواز بيعه بمثله بأن يجعل الحب فى احدهما بمقابلة التبن فى الآخر (قوله لاحتمال الربا) تعليل للمفهوم وهو أنه لو بيع بسنبل البر لا يجوز لاحتمال أن يكون البر الذى بيع وحده مساويا للبر الذى بيع مع سنبله أو أقل فيكون الفضل ربا الا اذا علم أن ما بيع وحده اكثر كما قلنا آنفا (قوله وباقلاء) هو الفول بحر على وزن فاعلاء يشدد فيقصر ويخفف فيمد الواحدة باقلاة فى الوجهين مصباح (قوله فى قشرها الاول) وكذا الثانى بالاولى لان الاول فيه خلاف الشافعى (قوله فعلى البائع اخراجه) فى البزازية لو باع حنطة فى سنبلها لزم البائع الدوس والتذرية بحر وكذا الباقلا وما بعدها (قوله الا اذا باع بما فيه) عبارته فى الدر المنتقى الا اذا بيعت بما هى فيه اه وهى أوضح يعنى اذا باع الحنطة بالتبن لا يلزم البائع تخليصه ط (قوله الوجه نعم) لانه لم يره فتح وأقره فى البحر والنهر (قوله وانما بطل الخ) قال فى الفتح وأورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن فى قطن بعينه أو نوى تمر فى تمر بعينه أى باع ما فى هذا القطن من الحب أو ما فى هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع أنه أيضا فى غلافه اشار ابو يوسف الى الفرق بأن النوى هنالك معتبر عدما هالكا فى العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى فى تمره ولا حب فى قطنه ويقال هذه حنطة فى سنبلها وهذا لوز وفستق فى قشره ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن فى الضرع واللحم والشحم فى الشاة والالية والاكارع والجلد فيها والدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون والعصير فى العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم فى العرف لا يقال هذا عصير وزيت فى محله وكذا الباقى اه (قوله من نوى الخ) نشر مرتب ط (قوله لانه من تمام التسليم) اذ لا يتحقق تسليم المبيع

قوله دون الاستثناء هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح دون استثنائها ولعلها نسخة اخرى كتب عليها اه مصححه

الا الوصية بالخدمة يصح افرادها دون استثنائها اشباه ثم فرع على هذه القاعدة بقوله (فصح استثناء) قفيز من صبرة وشاة معينة من قطيع و (أرطال معلومة من بيع ثمر نخلة) لصحة ايراد العقد عليها ولو الثمر على رؤس النخل على الظاهر (ك) صحة (بيع بر فى سنبله) بغير سنبل البر لاحتمال الربا (وباقلاء وأرز وسمسم فى قشرها وجوز ولوز وفستق فى قشرها الاول) وهو الاعلى وعلى البائع اخراجه الا اذا باع بما فيه وهل له خيار الرؤية الوجه نعم فتح وانما بطل بيع ما فى تمر وقطن وضرع من نوى وحب ولبن لانه معدوم عرفا (واجرة كيل ووزن وعد وذرع على بائع) لانه من تمام التسليم

قوله فعلى البائع الخ كذا بخطه والذى فى نسخ الشارح وعلى الخ بالواو اه مصححه

الا بكيله ووزنه ونحوه ومعلوم أن الحاجة الى هذا اذا باع مكايلة أو موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك فى المجازفة وكذا صب الحنطة فى وعاء المشترى على البائع فتح (قوله وأجرة وزن ثمن ونقده) أما كون أجرة وزن الثمن على المشترى فهو باتفاق الايمة الاربعة وأما الثانى فهو ظاهر الرواية وبه كان يفتى الصدر الشهيد وهو الصحيح كما فى الخلاصة لانه يحتاج الى تسليم الجيد وتعرّفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن ولا فرق بين أن يقول دراهمى منقودة أو لا هو الصحيح خلافا لمن فصل وتمامه فى النهر (قوله وقطع ثمر) فى الفتح عن الخلاصة وقطع العنب المشترى جزافا على المشترى وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر الا اذا خلى بينها وبين المشترى وكذا قطع الثمر يعنى اذا خلى بينها وبين المشترى اھ (قوله الا اذا قبض البائع الثمن الخ) اى فان اجرة النقد على البائع لانه من تمام التسليم وشرط لثبوت الرد اذ لا تثبت زيافته الا بنقده قال فى البحر وأما اجرة نقد الدين فعلى المديون الا اذا قبض رب الدين الدين ثم ادّعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين لانه بالقبض دخل فى ضمانه (قوله فبقدره) اى فيردّ من الاجرة بقدر ما ظهر زيفا فيرد نصف الاجرة ان ظهر نصف الدراهم زيوفا وما عزاه الى البزازية رأيته أيضا فى الخانية والولوالجية ورأيت منقولا عن المحيط أنه لا أجر له بظهور البعض زيوفا لانه لم يوف عمله ولا ضمان عليه (قوله فأجرته على البائع) وليس له أخذ شئ من المشترى لانه هو العاقد حقيقة شرح الوهبانية وظاهره أنه لا يعتبر العرف هنا لانه لا وجه له (قوله يعتبر العرف) فتجب الدلالة على البائع او المشترى او عليهما بحسب العرف جامع الفصولين (قوله ان احضر البائع السلعة) شرط لالزام المشترى بتسليم الثمن اولا والشرط أيضا كون الثمن حالا وأن لا يكون فى البيع خيار للمشترى فلا يطالب بالثمن قبل حلول الاجل ولا قبل سقوط الخيار وأفاد أن للبائع حبس المبيع حتى يستوفى كل الثمن فلو شرط دفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لانه لا يقتضيه العقد وقال محمد لجهالة الاجل فلو سمى وقت تسليم المبيع جاز وله الحبس وان بقى منه درهم كما فى البحر وفى الفتح والدر المنتقى لو هلك المبيع بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأمر سماوى بطل البيع ويرجع بالثمن لو مقبوضا وان هلك بفعل المشترى فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار له وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل أجنبى فالمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع فيضمن الجانى للبائع ذلك وان شاء أمضاه ودفع الثمن واتبع الجانى ويطيب له الفضل ان كان الضمان من خلاف الثمن والا فلا اھ (تنبيه) للبائع حبس المبيع الى قبض الثمن ولو بقى منه درهم ولو المبيع شيئين بصفقة واحدة وسمى لكل ثمنا فله حبسهما الى استيفاء الكل ولا يسقط حق الحبس بالرهن ولا بالكفيل ولا بابرائه عن بعض الثمن حتى يستوفى الباقى ويسقط بحوالة البائع على المشترى بالثمن اتفاقا وكذا بحوالة المشترى البائع به على رجل عند أبى يوسف وعند محمد فيه روايتان وبتأجيل الثمن بعد البيع وبتسليم البائع المبيع قبل قبض الثمن فليس له بعده ردّه اليه بخلاف ما اذا قبضه المشترى بلا اذنه الا اذا رآه ولم يمنعه من القبض فهو اذن وقد يكون القبض حكميا قال محمد كل تصرف يجوز من غير قبض اذا فعله المشترى قبل القبض لا يجوز وكل ما لا يجوز الا بالقبض كالهبة اذا فعله المشترى قبل القبض جاز ويصير المشترى قابضا اھ أى لان قبض الموهوب له يقوم مقام قبض المشترى ومن القبض ما لو أودعه المشترى عند أجنبى أو أعاره وأمر البائع بالتسليم اليه لا لو أودعه او أعاره أو آجره من البائع أو دفع اليه بعض الثمن وقال تركته عندك رهنا على الباقى ومنه ما لو قال للغلام تعال معى وامش فتخطى أو أعتقه أو أتلف المبيع أو أحدث فيه عيبا او أمر البائع بذلك ففعل او أمره بطحن الحنطة فطحن أو وطئ الامة فحبلت ومنه ما لو اشترى دهنا ودفع قارورة يزنه فيها فوزنه فيها بحضرة المشترى فهو قبض وكذا بغيبته فى الاصح وكذا كل مكيل أو موزون اذا دفع له الوعاء فكاله أو وزنه فيه بأمره ومنه ما لو غصب شيأ ثم اشتراه صار قابضا بخلاف الوديعة والعارية الا اذا وصل اليه بعد التخلية ولو اشترى ثوبا أو حنطة فقال للبائع بعه قال الامام الفضلى ان كان قبل القبض والرؤية كان فسخا وان لم يقل البائع نعم لان المشترى ينفرد بالفسخ فى خيار الرؤية وان قال بعه لى أى كن وكيلا فى الفسخ فما لم يقبل البائع لا يكون فسخا وكذا لو بعد القبض والرؤية لكن يكون وكيلا بالبيع سواء قال بعه أو بعه لى هذا كله ملخص مما فى البحر (قوله أو ثمن بمثله) المراد بالثمن النقود من الدراهم والدنانير لانها خلقت أثمانا ولا تتعين بالتعيين (قوله سلما معا) لاستوائهما فى التعيين فى الاول وفى عدمه فى الثانى أما فى بيع سلعة بثمن فانما تعين حق المشترى فى المبيع

(وأجرة وزن ثمن ونقده) وقطع ثمر واخراج طعام من سفينة (على مشتر) الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يردّه بعيب الزيافة (فرع) ظهر بعد نقد الصرّاف أن الدراهم زيوف ردّ الاجرة وان وجد البعض فبقدره نهر عن اجارة البزازية وأما الدلال فان باع العين بنفسه باذن ربها فاجرته على البائع وان سعى بينهما وباع المالك بنفسه يعتبر العرف وتمامه فى شرح الوهبانية (ويسلم الثمن اولا فى بيع سلعة بدنانير ودراهم) ان أحضر البائع السلعة (وفى بيع سلعة بمثلها) أو ثمن بمثله (سلما معا)

مطلب فى حبس المبيع لقبض الثمن وفى هلاكه وما يكون قبضا

مطلب فيما يكون قبضا للمبيع

فلذا أمر بتسليم الثمن اولا ليتعين حق البائع أيضا تحقيقا للمساواة (قوله مالم يكن الخ) الظرف الذى نابت عنه ما المصدرية الظرفية متعلق بقوله ويسلم الثمن فكان المناسب ذكره عقب قوله ان أحضر البائع السلعة بأن يقول ولم يكن دينا الخ (قوله كسلم وثمن مؤجل) تمثيل لما اذا كان أحد العوضين دينا فالاول مثال المبيع لانّ المراد بالسلم المسلم فيه والثانى مثال الثمن (قوله ثم التسليم) أى فى المبيع والثمن ولو كان البيع فاسدا كما فى البحر ط (قوله على وجه يتمكن من القبض) فلو اشترى حنطة فى بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيأ لا يكون قبضا وان باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهى أن تكون بحال يقدر على اغلاقها والا فهى بعيدة وفى جمع النوازل دفع المفتاح فى بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحه بلا كلفة وكذا لو اشترى بقرا فى السرح فقال البائع اذهب واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا أو فرسا فى بيت وأمره البائع بقبضه ففتح الباب فذهب ان أمكنه أخذه بلا عون كان قبضا وتمامه فى البحر وحاصله أن التخلية قبض حكما لو مع القدرة عليه بلا كلفة لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع ففى نحو حنطة فى بيت مثلا فدفع المفتاح اذا امكنه الفتح بلا كلفة قبض وفى نحو دار فالقدرة على اغلاقها قبض أى بأن تكون فى البلد فيما يظهر وفى نحو بقر فى مرعى فكونه بحيث يرى ويشار اليه قبض وفى نحو ثوب فكونه بحيث لو مدّ يده تصل اليه قبض وفى نحو فرس أو طير فى بيت امكان أخذه منه بلا معين قبض (قوله بلا مانع) بأن يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره فلو كان المبيع شاغلا كالحنطة فى جوالق البائع لم يمنعه بحر وفى الملتقط ولو باع دارا وسلمها الى المشترى وله فيها متاع قليل أو كثير لا يكون تسليما حتى يسلمها فارغة وكذا لو باع أرضا وفيها زرع اه‍ وفى البحر عن القنية لو باع حنطة فى سنبلها فسلمها كذلك لم يصح كقطن فى فراش ويصح تسليم ثمار الاشجار وهى عليها بالتخلية وان كانت متصلة بملك البائع وعن الوبرى المتاع لغير البائع لا يمنع فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده اه‍ قلت ويدخل فى الشغل بحق الغير مالو كانت الدار مأجورة فليس للبائع مطالبة المشترى بالثمن لعدم القبض وهى واقعة الفتوى سئلت عنها ورأيت نقلها فى الفصل الثانى والثلاثين من جامع الفصولين باع المستأجر ورضى المشترى أن لا يفسخ الشراء الى مضى مدة الاجارة ثم يقبضه من البائع فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها ولا للبائع مطالبة المشترى بالثمن مالم يجعل المبيع بمحل التسليم وكذا لو شرى غائبا لا يطالبه بثمنه مالم يتهيأ المبيع للتسليم اه‍ (قوله ولا حائل) بأن يكون فى حضرته اه‍ ح وقد علمت بيانه (قوله أن يقول خليت الخ) الظاهر أن المراد به الاذن بالقبض لا خصوص لفظ التخلية لما فى البحر ولو قال البائع للمشترى بعد البيع خذ لا يكون قبضا ولو قال خذه يكون تخلية اذا كان يصل الى أخذه اه‍ وفى الفروع المارة ما يدل عليه أيضا (قوله أو كان بعيدا) اى وان قال خليت الخ كما مرّ والمراد بالبعيد مالا يقدر على قبضه بلا كلفة ويختلف باختلاف المبيع كما قررناه او المراد به حقيقته ويقاس عليه ما شابهه (قوله وهو لا يصح به القبض) اى الاقرار المذكور لا يتحقق به القبض وقيده بالقبض لانّ العقد فى ذاته صحيح غير أنه لا يجب على المشترى دفع الثمن لعدم القبض (قوله على الصحيح) وهو ظاهر الرواية ومقابله ما فى المحيط وجامع شمس الائمة انه بالتخلية يصح القبض وان كان العقار بعيدا غائبا عنهما عند أبى حنيفة خلافا لهما وهو ضعيف كما فى البحر وفى الخانية والصحيح ما ذكر فى ظاهر الرواية لانه اذا كان قريبا يتصور فيه القبض الحقيقى فى الحال فتقام التخلية مقام القبض أما اذا كان بعيدا لا يتصور القبض فى الحال فلا تقام التخلية مقام القبض اه‍ هذا ثم ان ما ذكره الشارح هنا نقل مثله فى أواخر الاجارات عن وقف الاشباه ثم قال قلت لكن نقل محشيها ابن المصنف فى زواهر الجواهر عن بيوع فتاوى قارئ الهداية انه متى مضى مدة يتمكن من الذهاب اليها والدخول فيها كان قابضا والا فلا فتنبه اه‍ قلت لكن أنت خبير بأنّ هذا مخالف للروايتين ولا يمكن التوفيق بحمل ظاهر الرواية عليه لانّ المعتبر فيها القرب الذى يتصور معه حقيقة القبض كما علمته من كلام الخانية (قوله وكذا الهبة والصدقة) أى لا تكون تخلية البعيد فيهما قبضا قال فى البحر وعلى هذا تخلية البعيد فى الاجارة غير صحيحة فكذا الاقرار بتسلمها اه‍

مطلب فى شروط التخلية

مطلب اشترى دارا مأجورة لا يطالب بالثمن قبل قبضها

مالم يكن احدهما دينا كسلم وثمن مؤجل ثم التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض بلا مانع ولا حائل وشرط فى الاجناس شرطا ثالثا وهو أن يقول خليت بينك وبين المبيع فلو لم يقله أو كان بعيدا لم يصر قابضا والناس عنه غافلون فانهم يشترون قرية ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض على الصحيح وكذا الهبة والصدقة خانية وتمامه فيما علقناه على الملتقى

قلت ومفاده أن تخلية القريب في الهبة قبض لكن هذا في غير الفاسدة كما في الخانية حيث قال أجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز تكون قبضا وفي البيع الفاسد روايتان والصحيح انه قبض وفي الهبة الفاسدة كالهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة لا تكون قبضا باتفاق الروايات واختلفوا في الهبة الجائزة ذكر الفقيه ابو الليث أنه لا يصير قابضا في قول أبي يوسف وذكر شمس الائمة الحلواني أنه يصير قابضا ولم يذكر فيه خلافا اه (تتمة) في البزازية قبض المشتري المشرى قبل نقده بلا اذن البائع فطلبه منه فخلى بينه وبين البائع لا يكون قبضا حتى يقبضه بيده بخلاف ما اذا خلى البائع بينه وبين المشتري اشترى بقرة مريضة وخلاها في منزل البائع قائلا ان هلكت ففي وماتت فمن البائع لعدم القبض وكذا لو قال للبائع سقها الى منزلك فأذهب فأتسلمها فهلكت حال سوق البائع فان ادعى البائع التسليم فالقول للمشتري قال المشتري للعبد اعمل كذا أو قال للبائع مره يعمل كذا فعمل فعطب العبد هلك من المشتري لانه قبض قال المشتري للبائع لا اعتمد لك على المبيع فسلمه الى فلان يمسكه حتى أدفع لك الثمن ففعل البائع وهلك عند فلان هلك من البائع لان الامساك كان لاجله اشترى وعاء لبن خاثر في السوق فأمر البائع بنقله الى منزله فسقط في الطريق فعلى البائع ان لم يقبضه المشتري اشترى في المصر حطبا فغصبه غاصب حال حمله الى منزله فمن البائع لان عليه التسليم في منزل الشاري بالعرف قال للبائع زنه لي وابعثه مع غلامك أو غلامي ففعل وانكسر الوعاء في الطريق فالتلف من البائع الا أن يقول ادفعه الى الغلام لانه توكيل للغلام والدفع اليه كالدفع الى المشتري اه (قوله لسقوط حقه بالتسليم) فيه أن التسليم موجود أيضا فيما لو وجده رصاصا وستوقة فالاولى التعليل بما في المنح بأنه استوفى أصل حقه فلا يكون له حق نقض التسليم اه أي لان الزيوف دراهم لكنها معيبة ومثلها النبهرجة كما في المنية بخلاف الرصاص والستوقة فانها ليست دراهم فلم يوجد قبض الثمن أصلا فله نقض التسليم وأفاد أن هذا لو سلم المبيع أما لو قبضه المشتري بلا اذن البائع فله نقضه في الزيوف وغيرها كما في البزازية (قوله كما لو وجدها) الاولى وجده أي الثمن المحدث عنه (قوله أو مستحقا) أي بأن أثبت رجل أن المقبوض حقه فيثبت للبائع استرداد السلعة لانتقاض الاستيفاء (قوله وكالمرتهن) عبارة منية المفتي والمرتهن يسترد في الوجوه كلها اه أي في الزيوف والرصاص وغيرها أي لو قبض دينه وسلم الرهن لراهنه ثم ظهر ما قبضه زيوفا أو رصاصا أو ستوقة أو مستحقا فانه يسترد الرهن (تنبيه) لو تصرف المشتري في المبيع بعد قبضه بيعا أو هبة ثم وجد البائع الثمن كذلك لا ينقض التصرف لان تصرف المشتري بعد القبض باذن البائع كتصرفه وان كان قبضه بعد نقد الثمن بلا اذن البائع وتصرف فيه ثم وجد الثمن كذلك ينقض من التصرفات ما يحتمل النقض ولا ينقض ما لا يحتمل النقض بزازية وما يحتمل النقض كالبيع والهبة وما لا يحتمله كالعتق وفروعه (قوله والا) أي وان لم تكن قائمة سواء كانت هالكة أو مستهلكة درر (قوله كما لو علم بذلك) أي بأنها زيوف لانه يكون راضيا بها فلا يكون له رد ولا استرداد (قوله وقال ابو يوسف يرد مثل الزيوف الخ) لان الرجوع بالنقصان باطل لاستلزامه الربا ولا وجه لابطال حقه في الجودة لعدم رضاه درر قال في الحقائق نقلا عن العيون ان ما قاله ابو يوسف حسن وأدفع للضرر ولذا اخترناه للفتوى اه وكذلك صرح في المجمع بأنه المفتى به عزمية (قوله كما لو كانت رصاصا وستوقة) فانها ترد اتفاقا درر وظاهر اطلاقه انها ترد ولو علم بها وقت القبض لانها ليست من جنس الاثمان ط (قوله ومات مفلسا) اي ليس له مال يفي بما عليه من الديون سواء فلسه القاضي اولا (قوله فالبائع اسوة للغرماء) اي يقتسمونه ولا يكون البائع أحق به درر (قوله فان البائع أحق به) الظاهر أن المراد أنه احق بحبسه عنده حتى يستوفي الثمن من مال الميت او يبيعه القاضي ويدفع له الثمن فان وفى بجميع دين البائع فبها وان زاد دفع الزائد لباقي الغرماء وان نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقي له وليس المراد بكونه أحق به أنه يأخذه مطلقا اذ لا وجه لذلك لان المشتري ملكه وانتقل بعد موته الى ورثته وتعلق به حق غرمائه وانما كان أحق من باقي الغرماء لانه كان له حق حبس المبيع الى قبض الثمن في حياة المشتري فكذا بعد موته وهذا نظير ما سيذكره المصنف في الاجارات من أنه لو مات المؤجر وعليه ديون فالمستأجر أحق بالدار من غرمائه أي اذا كانت الدار بيده وكان قد دفع الاجرة وانفسخ عقد الاجارة بموت المؤجر فله حبس الدار وهو أحق بثمنها بخلاف ما اذا عجل الاجرة ولم يقبض الدار حتى مات المؤجر فانه يكون اسوة لسائر الغرماء ولا يكون له حبس الدار كما في جامع الفصولين وكذا

(وجده) اي البائع الثمن (زيوفا ليس له استرداد السلعة وحبسها به) لسقوط حقه بالتسليم وقال زفر له ذلك كما لو وجدها رصاصا وستوقة او مستحقا وكالمرتهن منية (قبض) بدل دراهمه (الجياد) التي كانت له على زيد (زيوفا) على ظن انها جياد (ثم علم) بأنها زيوف (يردها ويسترد الجياد ان) كانت (قائمة والا فلا) يرد ولا يسترد كما لو علم بذلك عند القبض وقال أبو يوسف يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد كما لو كانت رصاصا او ستوقة (اشترى شيأ وقبضه ومات مفلسا قبل نقد الثمن فالبائع اسوة للغرماء) وعند الشافعي رضي الله عنه هو أحق به (كما لو لم يقبضه) المشتري (فان البائع أحق به) اتفاقا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اذا مات المشتري مفلسا فوجد البائع متاعه بعينه فهو اسوة للغرماء شرح مجمع العيني

مطلب
اشترى شيأ ومات مفلسا قبل قبضه فالبائع احق

ماسيأتى فى البيع الفاسد لومات بعد فسخه فالمشترى أحق به من سائر الغرماء فله حبسه حتى يأخذ ماله هكذا ينبغى حل هذا المحل وبه ظهر جواب حادثة الفتوى سئلت عنها وهى مالومات البائع مفلسا بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع للمشترى يكون المشترى احق به لانه ليس للبائع حق حبسه فى حياته بل للمشترى جبره على تسليمه مادامت عينه باقية فيكون له أخذه بعد موت البائع أيضا اذلاحق للغرماء فيه بوجه لانه امانة عند البائع وان كان مضمونا بالثمن لوهلك عنده ومثله الرهن فان الراهن أحق به من غرماء المرتهن والله سبحانه أعلم (قوله باع نصف الزرع الخ) صورة المسألة رجل له ارض دفعها لاكار أى فلاح ودفع له البذر أيضا على أن يعمل الاكار فيها بيقره بنصف الخارج فعمل وخرج الزرع فباع الاكار نصفه لرب الارض جاز البيع أمالو باع رب الارض نصفه للاكار فلا يجوز لانه يأمره بقلع ماباعه ولايمكن الابقلع الكل فيتضرر المشترى بقلع نصيبه الذى كان له قبل الشراء مستحقا للبقاء فى الارض الى وقت الادراك ثم اذا كان البذر من الاكار يكون مستأجرا الارض بنصف الخارج فليس لرب الارض أمره بقلع ماباعه فينبغى أن يجوز البيع لعدم الضرر وهذه من مسائل بيع الحصة الشائعة من الزرع وقدمنا الكلام عليها وعلى نظائرها اول كتاب الشركة (قوله قال فى النهر الخ) أصله لصاحب البحر وحاصل البحث انه ينبغى على قياس هذا انه لوباع ثمرة بدون الشجر ولم يرض البائع باعارة الشجر أن يتخير المشترى أيضا ان شاء أبطل البيع اوقطعها لان فى القطع اتلاف المال وفيه ضرر عليه لكن تقدم تصريح المتن كغيره من المتون بقوله ويقطعها المشترى فى الحال وأيضا مانقله عن جامع الفصولين مخالف أيضا لتصريح المصنف كغيره فى بيع الشجر وحده اوالارض وحدها بقوله ويؤمر البائع بقطعهما اى الزرع والثمر وتسليم المبيع وان لم يظهر صلاحه كما نبهنا عليه هناك فافهم والله سبحانه أعلم

* (باب خيار الشرط) *

من اضافة الشئ الى سببه لان الشرط سبب للخيار بحر فان الاصل فى العقد اللزوم من الطرفين ولايثبت لاحدهما اختيار الامضاء اوالفسخ ولوفى مجلس العقد عندنا الاباشتراط ذلك (قوله مبين فى الدرر) حيث قال بعد ماترجم بباب خيار الشرط والتعيين وقدمهما على باقى الخيارات لانهما يمنعان ابتداء الحكم ثم ذكر خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم وأخر خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم * وخيار الشرط أنواع * فاسد وفاقا كما اذا قال اشتريت على أنى بالخيار أياما أو أبدا وجائز وفاقا وهو أن يقول على أنى بالخيار ثلاثة ايام فادونها ومختلف فيه وهو أن يقول على أنى بالخيار شهرا أو شهرين فانه فاسد عند أبى حنيفة وزفر والشافعى جائز عند أبى يوسف ومحمد اهـ وفى البحر فرع لايصح تعليق خيار الشرط بالشرط فلوباعه حمارا على انه ان لم يجاوز هذا النهر فرده يقبله والا لم يصح وكذا اذا قال مالم يجاوز به الى الغد كذا فى القنية اهـ (قوله الثلاثة المبوب لها) اى التى ذكر لكل واحد منها باب وهى خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب (قوله وخيار تعيين) هو أن يشترى أحد الشيئين او الثلاثة على أن يعين أياشاء وهو المذكور فى هذا الباب فى قول المصنف باع عبدين على أنه بالخيار فى احدهما الخ (قوله وغبن) هو ما يأتى فى المرابحة فى قوله ولارد بغبن فاحش فى ظاهر الرواية ويفتى بالرد ان غره اى غر البائع المشترى اوبالعكس اوغره الدلال والافلا (قوله ونقد) هو ما يأتى قريبا فى قوله فان اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الخ (قوله وكمية) هو مامر أول البيوع فيما لو اشترى بما فى هذه الخابية الخ وقدمنا بيانه (قوله واستحقاق) هو ماسيذكره فى باب خيار العيب فى قوله استحق بعض المبيع فان كان استحقاقه قبل القبض للكل خير فى الكل وان بعده خير فى القيمى لافى غيره (قوله وتغرير فعلى) أما القولى فهو مامر فى قوله وغبن والفعلى كالتصرية وهى أن يشد البائع ضرع الشاة ليجتمع لبنها فيظن المشترى انها غزيرة اللبن والخبار الوارد فيها انه اذا حلبها ان رضيها امسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر وبه أخذ الائمة الثلاثة وأبو يوسف وعندهما يرجع بالنقصان فقط ان شاء وسيأتى تمام الكلام على ذلك ان شاء الله تعالى فى خيار العيب عند قوله اشترى جارية لها لبن (قوله وكشف حال) هو مامر أول البيوع فيما اذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا باناء اوحجر لايعرف قدره فقد ذكر الشارح هناك أن للمشترى الخيار فيهما وقدمنا عن البحر هناك أن هذا الخيار خيار كشف الحال ومنه ماذكره

(فروع) * باع نصف الزرع بلا أرض ان باعه الاكار لرب الارض جاز وبعكسه لا الا اذا كان البذر من الاكار فينبغى أن يجوز خانية * باع شجرا أو كرما مثمرا لايدخل الثمر وحينئذ فيعار الشجر الى الادراك فلو ابى المشترى اعارته خير البائع ان شاء ابطل البيع اوقطع الثمر جامع الفصولين قال فى النهر ولا فرق يظهر بين المشترى والبائع

(باب خيار الشرط)

وجه تقديمه مع بيان تقسيمه مبين فى الدرر ثم الخيارات بلغت سبعة عشر الثلاثة المبوب لها وخيار تعيين وغبن ونقد وكمية واستحقاق وتغرير فعلى وكشف حال

بعده فى بيع صبرة كل صاع بكذا ومرّ الكلام عليه (قوله وخيانة مرابحة وتولية) هو ما سيأتى فى المرابحة فى قوله فان ظهر خيانة فى مرابحة باقرار أو برهان على ذلك او نكوله عن اليمين أخذه المشترى بكل ثمنه اوردّه لفوات الرضى وله الحط قدر الخيانة فى التولية لتحقق التولية قال ح وينبغى أن تكون الوضيعة كذلك (قوله وفوات وصف مرغوب فيه) هو ما ذكره فى هذا الباب فى قوله اشترى عبدا بشرط خبزه أو كتبه الخ (قوله وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع) أى هلاكه قبل القبض وقيد بالبعض لان هلاك الكل قبل قبضه فيه تفصيل قدّمناه قبيل هذا الباب وحاصله كما فى جامع الفصولين انه ان كان بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع يبطل البيع وان بفعل أجنبى يتخير المشترى ان شاء فسخ البيع وان شاء اجاز وضمن المستهلك اهـ وذكره فى البزازية أيضا ثم قال وان هلك البعض قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو وصف وخير المشترى بين الفسخ والامضاء وان بفعل أجنبى فالجواب فيه كالجواب فى جميع المبيع وان بآفة سماوية ان نقصان قدر طرح عن المشترى حصة الفائت من الثمن وله الخيار فى الباقى وان نقصان وصف لا يسقط شئ من الثمن لكنه يخير بين الاخذ بكل الثمن او الترك والوصف ما يدخل تحت البيع بلا ذكر كالاشجار والبناء فى الارض والاطراف فى الحيوان والجودة فى الكيلى والوزنى وان بفعل المعقود عليه فالجواب كذلك وتمام الكلام فيها فراجعه (قوله وظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا) أى لو اشترى دارا مثلا فظهر أنها مرهونة او مستأجرة يخير بين الفسخ وعدمه وظاهره انه لو كان عالما بذلك لا يخير وهو قول أبى يوسف وقالا يتخير ولو عالما وهو ظاهر الرواية كما فى جامع الفصولين وفى حاشيته للرملى وهو الصحيح وعليه الفتوى كما فى الولوالجية اهـ وكذا يخير المرتهن والمستأجر بين الفسخ وعدمه وهو الاصح كما فى جامع الفصولين لكن فى حاشيته للرملى عن الزيلعى أن المرتهن ليس له الفسخ فى اصح الروايتين وفى العمادية أن المستأجر له ذلك فى ظاهر الرواية وذكر شيخ الاسلام أن الفتوى على عدمه وسيأتى فى فصل الفضولى أن من الموقوف بيع المرهون والمستأجر والارض فى مزارعة الغير على اجازة مرتهن ومستأجر ومزارع اهـ فان اجاز المستأجر أو المرتهن فلا خيار للمشترى وان لم يجز فالخيار للمشترى فى الانتظار والفسخ وسيأتى تمامه فى فصل الفضولى (قوله اشباه) قال فيها وكلها يباشرها العاقدان الا التحالف فانه لا ينفسخ به وانما يفسخه القاضى وكلها تحتاج الى الفسخ ولا ينفسخ شئ منها بنفسه اهـ ح (قوله وينفسخ باقالة وتحالف) لا يخفى أن الكلام فى الخيار لا فى مجرّد الفسخ لكن قد يجاب بأنه لو قال احدهما الآخر قال لآخر بالخيار بين القبول وعدمه وكذا يخير كل منهما بين الحلف وعدمه فلو اختار عدم الحلف يلزمه دعوى صاحبه وصورة التحالف أن يختلفا فى قدر ثمن او مبيع او فيهما ويعجزا عن البينة ولم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا وفسخ القاضى البيع بطلب أحدهما والمسألة مبسوطة فى باب دعوى الرجلين من كتاب الدعوى (قوله صح شرطه) اى شرط الخيار المذكور وصرّح بفاعل صح اشارة الى أن ضمير صح الواقع فى عبارة الكنز وغيره عائد الى المضاف اليه فى الترجمة قال فى البحر والظاهر أن الضمير يعود الى الخيار وفى الوقاية والنقاية صح خيار الشرط فأبرزه والاولى ما فى الاصلاح صح شرط الخيار لان الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار اهـ فالضمير على الاول فى كلام البحر عائد الى المضاف وعلى الاخير الى المضاف اليه وبه جزم فى النهر فقال الضمير فى صح يعود الى المضاف اليه بقرينة صح ولقد افصح المصنف عنه فى الخلع حيث قال وصح شرط الخيار لها فى الخلع لا له ومن غفل عن هذا قال ما قال اهـ قلت فيه نظر فان الشرط الواقع فى الترجمة عام بقرينة الاضافة ولقولهم انه من اضافة الحكم الى سببه اى الخيار الواقع بسبب الشرط فلا يصح عود الضمير الى الشرط المذكور لان الموصوف بالصحة شرط خاص وهو شرط الخيار الذى أفصح عنه فى الخلع وأين العام من الخاص وما فى الاصلاح لا يصلح دليلا على عوده الى الشرط بل هو تركيب آخر صحيح فى نفسه والاحسن ما استظهره فى البحر من عوده الى الخيار لكن بقيد وصفه بالمشروطية فانه فى الاصل من اضافة الموصوف الى صفته أى الخيار المشروط وهذا لا ينافى كون الشرط سببا للحكم كما افاده الحموى وقد يقال ان خيار الشرط مركب اضافى صار علما فى اصطلاح الفقهاء على ما يثبت لاحد المتعاقدين من الاختيار بين الامضاء والفسخ وكذا خيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب كما صار الفاعل والمفعول به ونحو ذلك من التراجم علما فى

مطلب فى هلاك بعض المبيع قبل قبضه

وخيانة مرابحة وتولية وفوات وصف مرغوب فيه وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع واجازة عقد الفضولى وظهور المبيع مستأجرا او مرهونا اشباه من أحكام الفسوخ قال وينفسخ باقالة وتحالف فبلغت تسعة عشر شيأ وأغلبها ذكره المصنف يعرفه من مارس الكتاب

(صح شرطه للمتبايعين) معا

اصطلاح النحويين على شئ خاص عندهم وعلى هذا يعود الضمير في صح الى هذا المركب الاضافي وهو ما أفصح عنه في الوقاية والنقاية كما مر فكان ينبغي للمصنف متابعتهما لخلوه من التكلف والتعسف (قوله ولو وصيا) وكذا لو وكيلا قال في البحر ولو أمره ببيع مطلق فعقد بخيار له او للآمر او لاجنبي صح ولو أمره ببيع بخيار للآمر فشرطه لنفسه لا يجوز ولو أمره بشراء بخيار للآمر فاشتراه بدون الخيار نفذ الشراء عليه دون الآمر للمخالفة بخلاف ما اذا امره ببيع بخيار فباع باتا حيث يبطل أصلا اه ملخصا ط وسيذكر الشارح الفرق بين الفرعين الاخيرين (قوله ولغيرهما) ويثبت الخيار لهما مع ذلك الغير أيضا كما سيأتي في قول المصنف ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح الخ (قوله ولو بعد العقد) ربما يتوهم اختصاصه بقوله ولغيرهما مع انه جار في الاقسام الثلاثة فلو قدمه وقال صح شرطه ولو بعد العقد لكان اولى اه ح فلو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة ايام صح اجماعا بحر (قوله لا قبله) فلو قال جعلتك بالخيار في البيع الذي نعقده ثم اشترى مطلقا لم يثبت بحر عن التتارخانية (قوله أو بعضه) لا فرق في ذلك بين كون الخيار للبائع او للمشتري ولا بين أن يفصل الثمن أو لا لان نصف الواحد لا يتفاوت ط عن النهر (قوله كثلثه أو ربعه) مثله ما اذا كان المبيع متعددا وشرط الخيار في معين منه مع تفصيل الثمن كما يأتي قبيل خيار التعيين اه ح (قوله ولو فاسدا) اى ولو كان العقد الذي شرط فيه الخيار فاسدا وكان الاقعد في التركيب أن يقول صح شرطه ولو بعد العقد ولو فاسدا كما لا يخفى ح وفائدة اشتراطه في الفاسد مع أن لكل منهما الفسخ بدونه ما قيل انه يثبت لمن اشترط ولو بعد القبض ولا يتوقف على القضاء به او الرضى اه قلت وفيه نظر لانه ان كان الضمير في قوله ولا يتوقف الخ عائدا الى الخيار فهو لا يتوقف على ذلك مطلقا أو الى فسخ البيع الفاسد فكذلك نعم تظهر الفائدة في أنه لو كان الخيار للبائع او لهما وقبضه المشتري باذن البائع لا يدخل في ملك المشتري مع انه لولا الخيار ملكه بالقبض فافهم (قوله فالقول لنافيه) لانه خلاف الاصل كما في البحر وهو منكر مع ما يأتي متنا اه ح (قوله على المذهب) وعند محمد القول لمدعيه والبينة للآخر عن البحر (قوله ثلاثة ايام) لكن ان اشترى شيأ مما يتسارع اليه الفساد ففي القياس لا يجبر المشتري على شئ وفي الاستحسان يقال له اما أن تفسخ البيع أو تأخذ المبيع ولا شئ عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين بحر عن الخانية (تنبيه) اعلم أن الخيار في العقود كلها لا يجوز اكثر من ثلاثة ايام الا في الكفالة في قول الامام زاد في البزازية والحتال وكذا في الوقف لان جوازه على قول الثاني وهو غير مقيد عنده بالثلاث در منتقى وتمامه في النهر (قوله وفسد عند اطلاق) اى عند العقد أما لو باع بلا خيار ثم لقيه بعد مدة فقال له انت بالخيار فله الخيار ما دام في المجلس بمنزلة قوله لك الاقالة كما في البحر عن الولوالجية وغيرها وحمل عليه قول الفتح لو قال له انت بالخيار فله خيار المجلس فقط قال في النهر ولم ار من فرق بينهما ويظهر لي أن المفسد في الثاني اى الاطلاق وقت العقد مقارن فقوى عمله وفي الاول بعد التمام فضعف وقد أمكن تصحيحه بامكان الخيار له في المجلس اه (تنبيه) قدمنا عن الدرر أنه لو قال على أني بالخيار أياما فهو فاسد واعترض في الشرنبلالية بأن قولهم لو حلف لا يكلمه أياما يكون على ثلاثة ومقتضاه أن يكون هنا كذلك تصحيحا للكلام العاقل عن الالغاء والا فما الفرق قلت قد يجاب بأن اياما في الحلف يصح أن يراد منه الثلاثة والعشرة مثلا لكن اقتصر على الثلاثة لانها المتيقن وذلك لا ينافي صحة ارادة ما فوقها حتى لو نوى الاكثر حنث بخلافه هنا فان الثلاثة لازمة بالنص البتة ولفظ اياما صالح لما فوقها وما فوقها مفسد للعقد فلا ينفعنا حمله على الثلاثة لانه لا يقطع الاحتمال (قوله فلكل فسخه) شمل من له الخيار منهما والآخر وهذا على القول بفساده ظاهر وكذا على القول الآتي بأنه موقوف قال في الفتح وذكر الكرخي نصا عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على اجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف اه (قوله خلافا لهما) فعندهما يجوز اذا سمى مدة معلومة فتح (قوله غير انه يجوز ان اجاز في الثلاثة) وكذا لو أعتق العبد او مات العبد او المشتري او أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب البيع جائزا عند أبي حنيفة وتمامه في البحر عن الخانية (قوله في الثلاثة) ولو في ليلة الرابع قهستاني (قوله فينقلب صحيحا الخ) لانه قد زال المفسد قبل تقرره وذلك أن المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع فاذا اسقطه

(ولاحدهما) ولو وصيا (ولغيرهما) ولو بعد العقد لا قبله تتارخانية (في مبيع) كله (أو بعضه) كثلثه أو ربعه ولو فاسدا ولو اختلفا في اشتراطه فالقول لنافيه على المذهب (ثلاثة ايام او أقل) وفسد عند اطلاق أو تأبيد (لا اكثر) فيفسد فلكل فسخه خلافا لهما (غير انه يجوز ان أجاز) من له الخيار (في الثلاثة) فينقلب صحيحا على الظاهر

(وصح) شرطه أيضا (ف) لازم يحتمل الفسخ كزارعة ومعاملة و (اجارة وقسمة وصلح عن مال) ولو بغير عينه (وكتابة وخلع) ورهن (وعتق على مال) لو شرط لزوجة وراهن وقن (ونحوها) ككفالة وحوالة وابراء وتسليم شفعة بعد الطلبين ووقف عند الثانى اشباه واقالة بزازية فهى ستة عشر لافى نكاح وطلاق ويمين ونذر وصرف وسلم واقرار الا الاقرار بعقد يقبله اشباه

مطلب
المواضع التى يصح فيها خيار الشرط والتى لا يصح

تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلفوا فى حكم هذا العقد فى الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد ظاهرا اذ الظاهر دوامهما على الشرط فاذا أسقطه تبين خلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسى وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ماوراء النهر هو موقوف وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه كذا فى الظهيرية والذخيرة فتح ملخصا وتمامه فيه ولكن الاول ظاهر الرواية بحر ومنح وفى الحدادى فائدة الخلاف تظهر فى أن الفاسد يملك اذا اتصل به القبض والموقوف لا يملك الا أن يجيزه المالك ونظر فيه بأن الفاسد أيضا لا يملك الا باذن البائع كما فى المجمع والاولى أن يقال انها تظهر فى حرمة المباشرة وعدمها فتحرم على الاول لا على الثانى نهر قلت وفى التنظير نظر فان الملك فى الفاسد يحصل بقبض المبيع باذن البائع فالمتوقف فيه على اذن البائع هو القبض لا نفس الملك وأما الموقوف كبيع الفضولى فان الملك يتوقف فيه على اجازة المالك البيع فتبقى ثمرة الخلاف ظاهرة لكن ماقدمناه قريبا عن الخانية من انه لو أعتق العبد ينقلب جائزا يشمل ماقبل القبض مع أن قوله ينقلب جائزا انما يناسب القول بأنه فاسد لا موقوف فيفيد حصول الملك قبل القبض ويؤيده مامر من أن حكمه عند مشايخ العراق الفساد ظاهرا فيدل على أنه لا فساد فى نفس الامر ولذا قال فى الفتح ان حقيقة القولين انه لا فساد قبل الرابع بل هو موقوف ولا يتحقق الخلاف الا بأثبات الفساد على وجه يرتفع شرعا باسقاط الخيار قبل مجىء الرابع كما هو ظاهر الهداية (قوله فى لازم) أخرج به الوصية فلا محل للخيار فيها لان للموصى الرجوع فيها مادام حيا وللموصى له القبول وعدمه أفاده ط ومثلها العارية والوديعة (قوله يحتمل الفسخ) أخرج مالا يحتمله كنكاح وطلاق وخلع وصلح عن قود واستشكل فى جامع الفصولين النكاح بفسخه بالردة وملك أحدهما الآخر فانه فسخ بعد التمام أما فسخه بعدم الكفاءة والعتق والبلوغ فهو قبل التمام قلت قد يجاب بأن المراد بما يحتمل الفسخ ما يحتمله بتراضى المتعاقدين قصدا وفسخ النكاح بالردة والملك ثبت تبعا (قوله كمزارعة ومعاملة) اى مساقاة وهذان ذكرهما فى البحر بحثا فقال وينبغى صحته فى المزارعة والمعاملة لانهما اجارة مع انه جزم بذلك فى الاشباه قال الحموى يحتمل انه ظفر بالمنقول بعد ذلك فان تصنيف البحر سابق (قوله واجارة) فلو فسخ فى اليوم الثالث هل يجب عليه أجر يومين أفتى صط انه لا يجب لانه لم يتمكن من الانتفاع بحكم الخيار لانه لو انتفع يبطل خياره جامع الفصولين (قوله وقسمة) لانها بيع من وجه (قوله وصلح عن مال) احترز به عن صلح عن قود لانه لا يحتمل الفسخ كما مر (قوله ورهن) كان ينبغى تقديمه على الخلع أو تأخيره عن العتق لان قول المتن على مال راجع للخلع أيضا ولا يصح رجوعه للرهن كما لا يخفى وكان ينبغى أن يذكر الطلاق على مال أيضا لانه معاوضة من جانب المرأة كالخلع وكما أن العتق على مال معاوضة من جانب العبد اه ح (قوله لزوجة وراهن وقن) لان العقد فى جانبهم لازم يحتمل الفسخ بخلاف الزوج والسيد فان العقد من جانبهما وان كان لازما لكنه لا يحتمل الفسخ لانه يمين وبخلاف المرتهن فان العقد من جانبه غير لازم أصلا وحينئذ فيجب ذكرهم فى المقابل اه ح أى فيما لا يصح فيه الخيار ويمكن أن يقال ان الخلع والعتق على مال داخلان فى قوله الآتى ويمين تأمل وقوله لازم يحتمل الفسخ أى قبل تمامه بالقبول أما بعد القبول من الزوجة والراهن والقن فلا يحتمله (قوله ككفالة) اى بنفس او مال وشرط الخيار للمكفول له أو للكفيل بحر وقدمنا أن الخيار فى الكفالة والحوالة يصح اكثر من ثلاثة ايام (قوله وحوالة) اذا شرط للمحتال او المحال عليه لانه يشترط رضاه ط (قوله وابراء) بأن قال ابرأتك على أنى بالخيار ذكره فخر الاسلام من بحث الهزل بحر قال ط لكن نقل الشريف الحموى عن العمادية لو أبرأه من الدين على انه بالخيار فالخيار باطل ولعل فى المسألة خلافا اه قلت وبالثانى جزم الشارح فى اول كتاب الهبة وعزاه الى الخلاصة (قوله ووقف) فيه انه لا يحتمل الفسخ تأمل (قوله عند الثانى) لانه عنده لازم وعند محمد وان كان كذلك لكنه اشترط أن لا يكون فيه خيار شرط ولو معلوما وقدمنا فى الوقف أن الخلاف فى غير المسجد فلو فيه صح الوقف وبطل الخيار (قوله فهى ستة عشر) اى مع البيع (قوله لا فى نكاح الخ) لانها لا تحتمل الفسخ (قوله وطلاق) اى بلا مال لما عرفت وينبغى أن يكون الخلع بلا مال مثله اه ح (قوله واقرار الخ) عبارته مع المتن فى كتاب الاقرار أقر بشىء على انه بالخيار ثلاثة ايام لزمه بلا خيار لان الاقرار اخبار فلا يقبل الخيار وان

صدقه المقرله فى الخيار الا اذا اقر بعقد بيع وقع بالخيار له فيصح باعتبار العقد اذا صدقه او برهن الخ (قوله ووكالة ووصية) فلا خيار فيهما لعدم اللزوم من الطرفين ولزوم الوكالة فى بعض الصور نادر أفاده ط وهذان زادهما فى النهر بحثا أخذا مما مر فى قوله فى لازم (قوله فهى تسعة) يزاد عاشر وهو الهبة لما سيذكره المصنف فى بابها من أن من حكمها عدم صحة خيار الشرط فيها الخ (قوله وقد كنت غيرت ما نظمه فى النهر) فان نظم النهر كان هكذا والصلح والخلع مع الحوالة * والوقف والقسمة والاقالة وليس فى هذا التغيير كبير فائدة مع انهما لم يستوفيا الاقسام كما قاله ح اى لانهما اسقطا من القسم الاول المزارعة والمعاملة والكتابة ومن الثانى الوصية لكن الظاهر أن اسقاط الكتابة ذهول وأما ما عداها فلكونه بحثا كما علمته مما مر قلت وقد كنت نظمت جميع مسائل القسمين مشيرا الى البحث منها مع زيادة الهبة فى القسم الثانى فقلت

يصح خيار الشرط فى ترك شفعة * وبيع وابراء ووقف كفاله
وفى قسمة خلع وعتق اقالة * وصلح عن الاموال ثم الحواله
مكاتبة رهن كذاك اجارة * وزيد مساقاة مزارعة له
وما صح فى نذر نكاح أليـة * وفى سلم صرف طلاق وكاله
وأقرار ايهاب وزيد وصية * كما مر بحثا فاغتنم ذى المقاله

(قوله والخلع) بالرفع خبره كذا ولا يصح جعل كذا خبرا عن القسمة لانه مجرور بالعطف على ما قبله نعم يصح جعله متعلقا بمحذوف حالا من الخلع (قوله على انه اى المشترى الخ) وكذا لو نقد المشترى الثمن على أن البائع ان رد الثمن الى ثلاثة فلا بيع بينهما صح أيضا والخيار فى مسألة المتن للمشترى لانه المتمكن من امضاء البيع وعدمه وفى الثانية للبائع حتى لو أعتقه صح ولو أعتقه المشترى لا يصح نهر (تنبيه) ذكر فى البحر هنا بيع الوفاء تبعا للخانية قائلا لانه من أفراد مسألة خيار النقد أيضا وذكر فيه ثمانية أقوال وذكره الشارح آخر البيوع قبيل كتاب الكفالة وسيأتى الكلام عليه هناك ان شاء الله تعالى (قوله فلو لم ينقد فى الثلاث فسد) هذا لو بقى المبيع على حاله قال فى النهر ثم لو باعه المشترى ولم ينقد الثمن فى الثلاث جاز البيع وكان عليه الثمن وكذا لو قتلها فى الثلاث أو مات أو قتلها أجنبى خطأ وغرم القيمة ولو وطئها وهى بكر أو ثيب أو جنى عليها او حدث بها عيب لا بفعل أحد ثم مضت الايام ولم ينقد خير البائع ان شاء أخذها مع النقصان ولا شئ له من الثمن وان شاء تركها وأخذ الثمن كذا فى الخانية اهـ (قوله فنفذ عتقه الخ) اى وعليه قيمته بحر عن الخانية وهذا تفريع على قوله فسد قال فى النهر واعلم أن ظاهر قوله فلا بيع يفيد أنه ان لم ينقد فى الثلاث ينفسخ قال فى الخانية والصحيح انه يفسد ولا ينفسخ حتى لو أعتقه بعد الثلاث نفذ عتقه ان كان فى يده اهـ وأما عتقه قبل مضى الثلاث فينفذ بالاولى كما لو باعه كما مر لانه بمعنى خيار الشرط (قوله وان اشترى كذلك) اى على انه ان لم ينقد الثمن الى أربعة ايام (قوله لا يصح) والخلاف السابق فى انه فاسد أو موقوف ثابت هنا نهر عن الذخيرة (قوله خلافا لمحمد) فانه جوزه الى ما سماه (قوله فلو ترك التفريع) أى فى قوله فان اشترى فان الالحاق يقتضى المغايرة والتفريع يقتضى انه من فروعه قال فى الدرر لم يذكره بالفاء كما ذكره فى الوقاية اشارة الى أنه ليس من صور خيار الشرط حقيقة ليتفرع عليه بل اورده عقيبه لانه فى حكمه معنى اهـ قال محشيه خادمى أفندى أقول الواقع فى الزيلعى كونها من صوره وقد قال صدر الشريعة فى وجه ادخال الفاء انه فرع مسألة خيار الشرط لانه انما شرع ليدفع بالفسخ الضرر عن نفسه سواء كان الضرر تأخير أداء الثمن أو غيره على أن قوله لانه فى حكمه يصلح أن يكون علة مصححة لدخول الفاء (قوله ولا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره) لانه يمنع الحكم وفى قوله عن ملك البائع ايماء الى أن البائع هو المالك فلو كان فضوليا كان اشتراط الخيار له مبطلا للبيع لان الخيار له بدون الشرط كما فى فروق الكرابيسى ولا يرد الوكيل بالبيع اذا باع بشرط الخيار له لانه كالمالك حكما نهر (قوله فقط) قيد به وان كان الحكم كذلك اذا كان الخيار لهما لان المصنف سيذكره صريحا والازم التكرار فافهم (قوله فيهلك) بكسر اللام ط (قوله على المشترى بقيمته) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون بقاء المحل فيبقى مقبوضا بيده على سوم الشراء وفيه القيمة كذا

ووكالة ووصية نهر فهى تسعة وقد كنت غيرت ما نظمه فى النهر فقلت
يأتى خيار الشرط فى الاجارة
والبيع والابراء والكفالة
والرهن والعتق وترك الشفعة
والصلح والخلع كذا والقسمة
والوقف والحوالة الاقالة
لا الصرف والاقرار والوكالة
ولا النكاح والطلاق والسلم
نذر وأيمان فهذا يغتنم
(فان اشترى) شخص شيأ (على انه) أى المشترى (ان لم ينقد ثمنه الى ثلاثة ايام فلا بيع صح) استحسانا خلافا لزفر فلو لم ينقد فى الثلاث فسد فنفذ عتقه بعدها لو فى يده فليحفظ (و) ان اشترى كذلك (الى أربعة) ايام (لا) يصح خلافا لمحمد (فان نقد فى الثلاثة جاز) اتفاقا لان خيار النقد ملحق بخيار الشرط فلو ترك التفريع لكان اولى (ولا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره) فقط اتفاقا (فيهلك على المشترى بقيمته) أى بدله ليعم المثلى

مطلب
خيار النقد

في الهداية ولافرق في مسألة المصنف بين هلاكه في مدة الخيار مع بقائه أو بعد مافسخ البائع البيع كما في جامع الفصولين وأما اذا هلك في يده بعد المدة بلا فسخ فيها فانه يهلك بالثمن لسقوط الخيار ولو ادّعى هلاكه في يد المشترى ووجوب القيمة وادّعى المشترى اباقه من يده فالقول له بيمينه لان الظاهر حياته ويتم البيع ولو ادّعى البائع الاباق والمشترى الموت فالقول للبائع بيمينه كذا في السراج بحر (قوله اذا قبضه باذن البائع) وكذا بلا اذنه بالاولى ط وأما اذا هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شئ عليهما كما في المطلق عنه وان تعيب في يد البائع فهو على خياره لانّ ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن المشترى يتخير ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ كما في البيع المطلق واذا كان العيب بفعل البائع ينتقص المبيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه وتسقط به حصته من الثمن بحر عن الزيلعي ويأتي حكم تعيبه في يد المشترى (قوله يوم قبضه) ظرف لقيمته ح (قوله فانه بعد بيان الثمن مضمون بالقيمة) أطلقه فشمل بيان الثمن من البائع او المساوم وخصه الطرسوسي في انفع الوسائل بالثاني وردّه في البحر بأنه خطأ لما في الخانية طلب منه ثوبا ليشتريه فأعطاه ثلاثة أثواب وقال هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فاحملها فأى ثوب ترضى بعته منك فحمل فهلكت عند المشترى قال الامام ابن الفضل ان هلكت جملة أو متعاقبا ولا يدرى الاوّل وما بعده ضمن ثلث الكل وان عرف الاوّل لزمه ذلك الثوب والثوبان أمانة وان هلك اثنان ولا يعلم أيهما الاوّل ضمن نصف كل منهما وردّ الثالث لانه امانة وان نقص الثالث ثلثه أو ربعه لا يضمن النقصان وان هلك واحد فقط لزمه ثمنه ويردّ الثوبين اهـ ملخصا قال في البحر فهذا صريح في أن بيان الثمن من جهة البائع يكفي للضمان اهـ وأجاب العلامة المقدسي بأن مراد الطرسوسي انه لابدّ من تسمية الثمن من الجانبين حقيقة أو حكما أما الاوّل فظاهر وأما الثاني فبان يسمى أحدهما ويصدر من الآخر مايدل على الرضى به ثم قال ومن نظر عبارة الطرسوسي وجدها تنادى بما ذكرناه اهـ قلت وبيان ذلك أن المساوم انما يلزمه الضمان اذا رضى بأخذه بالثمن المسمى على وجه الشراء فاذا سمى الثمن البائع وتسلم المساوم الثوب على وجه الشراء يكون راضيا بذلك كما انه اذا سمى هو الثمن وسلم البائع يكون راضيا بذلك فكانت التسمية صدرت منهما معا بخلاف ما اذا أخذه على وجه النظر لانه لا يكون ذلك رضى بالشراء بالثمن المسمى قال في القنية سم عن أبي حنيفة قال له هذا الثوب لك بعشرة دراهم فقال هاته حتى أنظر فيه أو قال حتى أريه غيرى فأخذه على هذا وضاع لا شئ عليه ولو قال هاته فان رضيته أخذته فضاع فهو على ذلك الثمن اهـ قلت ففي هذا وجدت التسمية من البائع فقط لكن لما قبضه المساوم على وجه الشراء في الصورة الاخيرة صار راضيا بتسمية البائع فكأنها وجدت منهما أما في الصورة الاولى والثانية فلم يوجد القبض على وجه الشراء بل على وجه النظر منه أو من غيره فكان امانة عنده فلم يضمنه ثم قال في القنية ظ أخذ منه ثوبا وقال ان رضيته اشتريته فضاع فلا شئ عليه وان قال ان رضيته أخذته بعشرة فعليه قيمته ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم هاته حتى أنظر اليه وقبضه على ذلك وضاع لا يلزمه شئ اهـ قلت ووجهه انه في الاولى لم يذكر الثمن من احد الطرفين فلم يصح كونه مقبوضا على وجه الشراء وان صرّح المساوم بالشراء وفي الثاني لما صرّح بالثمن على وجه الشراء صار مضمونا وفي الثالث وان صرّح البائع بالثمن لكن المساوم قبضه على وجه النظر لا على وجه الشراء فلم يكن مضمونا وبهذا ظهر الفرق بين المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر فافهم واغنم تحقيق هذا المحل (قوله مضمون بالقيمة) أى اذا هلك أما اذا استهلكه فمضمون بالثمن كما حققه الطرسوسي وان ردّه في البحر بأنه غير صحيح لما في الخانية اذا أخذ ثوبا على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك في يده كان عليه قيمته وكذا لو استهلكه وارث المشترى بعد موت المشترى اهـ قال والوارث كالمورث فقد أجاب في النهر بقوله لا نسلم انه غير صحيح اذ الطرسوسي لم يذكره تفقها بل نقلا عن المشايخ صرّح به في المنتقى وعلله في المحيط بأنه صار راضيا بالمبيع حملا لفعله على الصلاح والسداد وعزاه في الخزانة أيضا الى المنتقى غير أنه قال في القياس تجب القيمة اهـ كلام النهر قلت ومانقله في البحر عن الخانية لا دلالة فيه على ما يدّعيه بل فيه ما ينافيه لان قوله وكذا لو استهلكه وارث المشترى يفيد أنه لو استهلكه المشترى نفسه كان الواجب الثمن لا القيمة ووجهه أيضا ظاهر لما علمته من تعليل المحيط والفرق بينه وبين استهلاك الوارث أن العاقد هو المشترى فاذا استهلكه كان راضيا بامضاء عقد الشراء بالثمن المذكور

مطلب في المقبوض على سوم الشراء

(اذا قبضه باذن البائع) يوم قبضه كالمقبوض على سوم الشراء فانه بعد بيان الثمن مضمون بالقيمة

بخلاف

بالغة مابلغت نهر ولو شرط المشترى عدم ضمانه بزازية ولو فى يد الوكيل ضمنه من ماله بلا رجوع الا بامره بالسوم خانية أما على سوم النظر فغير مضمون مطلقا وعلى سوم الرهن بالاقل من قيمته ومن الدين وعلى سوم القرض بقرض ساومه به وعلى سوم النكاح لامة بقيمتها نهر (ويخرج عن ملكه) أى البائع (مع خيار المشترى) فقط (فيهلك بيده بالثمن

بخلاف ما إذا استهلكه وارثه لان الوارث غير العاقد بل العقد انفسخ بموته فبقى امانة فى يد الوارث فيلزمه القيمة دون الثمن فقوله فى البحر والوارث كالمورث غير مسلم ثم رأيت الطرسوسى نقل عن المنتقى ما يفيد ذلك وهو قوله ولو قال البائع رجعت عما قلت أو مات احدهما قبل أن يقول المشترى رضيت انتقض جهة البيع فان استهلكه المشترى بعد ذلك فعليه قيمته كما فى حقيقة البيع لو انتقض يبقى المبيع فى يده مضمونا فكذا هنا اهـ فهذا صريح بانفساخ العقد بموته فكيف يلزم الوارث الثمن باستهلاكه فافهم واغتنم (قوله بالغة ما بلغت) رد على الطرسوسى حيث قال وظاهر كلام الاصحاب انها تجب بالغة ما بلغت ولكن ينبغى أن يقال لا يزاد بها على المسمى كما فى الاجارة الفاسدة قال فى النهر وفيه نظر بل ينبغى أن تجب بالغة ما بلغت وقد صرحوا بذلك فى البيع الفاسد فكذا هنا اهـ . (قوله ولو شرط المشترى) أى مريد الشراء وهو المساوم (قوله ولو فى يد الوكيل الخ) قال فى البحر عن الخانية الوكيل بالشراء اذا أخذ الثوب على سوم الشراء فأراه الموكل فلم يرض به ورده عليه فهلك عند الوكيل قال الامام ابن الفضل ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل الا أن يأمره بالاخذ على سوم الشراء فحينئذ اذا ضمن الوكيل رجع على الموكل اهـ (قوله أما على سوم النظر) بأن يقول هاته حتى أنظر اليه أو حتى أريه غيرى ولا يقول فان رضيته أخذته وقوله مطلقا أى سواء ذكر الثمن او لا اهـ ح عن النهر ولا يخفى أن عدم ضمانه اذا هلك أما لو استهلكه القابض فانه يضمن قيمته وقدمنا وجه الفرق بينه وبين المقبوض على سوم الشراء وفى حكمه المقبوض على سوم الشراء اذا لم يبين الثمن أو مات احد العاقدين قبل الرضى او رجع عما قال كما قدمناه آنفا عن المنتقى وقدمنا أول المسألة ما لو قبض ثلاثة أثواب وسمى ثمن كل واحد بعينه ليشترى احدها فهلك واحد منها فانه يضمنه دون الآخرين وتقدم تفصيله وهل هذا خاص بما اذا كانت ثلاثة لتكون مما فيه خيار التعيين الآتى بيانه أو أعم والظاهر الثانى اذ لو كانت أكثر فلا شك أن واحدا منها مقبوض على سوم الشراء وان كان فاسدا والباقى على سوم النظر فهو أمانة بخلاف الاول فتأمل (قوله وعلى سوم الرهن بالاقل من قيمته ومن الدين) أى اذا سمى قدر الدين فلا ينافى ما سيذكره المصنف فى كتاب الرهن من قوله المقبوض على سوم الرهن اذا لم يبين المقدار ليس بمضمون على الاصح اهـ وفى البزازية الرهن بالدين الموعود مقبوض على سوم الرهن مضمون بالموعود بأن وعده أن يقرضه ألفا فاعطاه رهنا وهلك قبل الاقراض يعطيه الالف الموعود جبرا فان هلك هذا فى يد المرتهن أو العدل ينظر الى قيمته يوم القبض والدين وعن الثانى أقرضنى وخذ هذا ولم يسم القرض فأخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع يلزمه قيمة الرهن اهـ وما عن الثانى مقابل الاصح المذكور (قوله وعلى سوم القرض الخ) فى البحر عن جامع الفصولين وما قبض على سوم القرض مضمون بما ساوم كمقبوض على حقيقته بمنزلة مقبوض على سوم البيع الا أن فى البيع يضمن القيمة وهنا يهلك الرهن بما ساومه من القرض اهـ وقوله يهلك الرهن بما ساومه من القرض اى اذا كانت قيمته مثل الرهن لا اقل فلا ينافى ما تقدم من انه يضمن بالاقل وبه ظهر أن ما فى قوله وما قبض نكرة موصوفة بمعنى الرهن فتكون هذه عين المسألة التى قبلها كما يعلم مما نقلناه عن البزازية فى تصوير المسألة السابقة فافهم (قوله وعلى سوم النكاح الخ) يعنى لو قبض أمة غيره ليتزوجها باذن مولاها فهلكت فى يده ضمن قيمتها جامع الفصولين قال محشيه الخير الرملى أقول تقدم أن ما بعث مهرا بعد الخطبة وهو قائم أو هالك يسترد فهو صريح أيضا فى أن ما قبض على سوم النكاح من المهر مضمون ولو لم يسم المهر اهـ (تنبيه) ظاهر كلامهم وجوب قيمة الامة ولو لم يكن المهر مسمى ويحتاج الى وجه الفرق بينه وبين المقبوض على سوم الشراء أو سوم الرهن فانه لا يضمن الا بعد بيان الثمن أو بيان القرض وقد أطال الكلام فيه السيد الحموى فى حاشية الاشباه من النكاح ولم يأت بطائل (قوله ويخرج عن ملكه أى البائع) فلو أعتقه لم يصح عتقه ولو كان حلف ان بعته فهو حر لم يعتق لخروجه عن ملكه بحر (قوله مع خيار المشترى فقط) شمل ما اذا كان الخيار لهما وأسقط البائع خياره بأن أجاز البيع كما فى البحر قال ح ومثله ما اذا جعل المشترى الخيار لاجنبى (قوله فيهلك بيده بالثمن) لان الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب يمنع الرد فيهلك وقد انبرم البيع فيلزم الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان تعيبه فى هذه الحالة لا يمنع الرد فيهلك والعقد موقوف فيبطل نهر واذا بطل العقد يضمن القيمة والفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان سواء زاد على القيمة أو نقص والقيمة ما قوم به الشئ بمنزلة

مطلب المقبوض على سوم النظر

قوله والدين معطوف على قوله قيمته أى ينظر الى قيمته والدين فيضمن بالاقل منهما اهـ منه

مطلب فى الفرق بين القيمة والثمن

المعيار من غير زيادة ولا نقصان (قوله كتعيبه فيها) أى فى يد المشترى وهذا تشبيه بالهلاك فى الصورتين أعنى فى صورة ما اذا كان الخيار للبائع أو للمشترى فان التعيب المذكور كالهلاك يوجب القيمة فى الاولى والثمن فى الثانية منح وشمل ما اذا عيبه المشترى أو أجنبى أو تعيب بآفة سماوية أو بفعل المبيع وكذا بفعل البائع عند محمد فلا يسقط به خيار المشترى فان أجاز البيع ضمن البائع النقصان وعندهما يلزم البيع بحر أى ويرجع بالارش على البائع كما ذكره بعد (تنبيه) ذكر حكم الهلاك والنقصان عند المشترى ولم يذكر حكم الزيادة عنده وحاصله انها متصلة أو منفصلة ومتولدة من الاصل كالولد والسمن والجمال والبرء من المرض او غير متولدة كالصبغ والعقر والكسب والبناء فيمتنع الفسخ الا فى المنفصلة الغير المتولدة بحر عن التتارخانية (قوله لا يرتفع) يأتى محترزه (قوله فيلزمه قيمته) أى لو هلك ولو قال فللبائع فى المسألة الاولى فسخ البيع الخ لكان أولى لان المطلوب بيان ما يلزم بالتعيب فى المسألتين أما ما يلزم بالهلاك فيهما فهو مصرح به فى المتن (قوله لشبهة الربا) لان الجودة فى المال الربوى غير معتبرة لكن قال فى الخلاصة من الغصب اذا غصب قلب فضة وهو بالضم السوار ان شاء المالك أخذه مكسورا وان شاء تركه وأخذ قيمته من الذهب قال فى العناية اذ لو أوجبنا مثل القيمة من جنسه أدى الى الربا ومثل وزنه أبطلنا حق المالك فى الجودة والصنعة اه وذكر الزيلعى هنالك فيما لو نقص المغصوب الربوى يخير المالك بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين أن يسلمها ويضمن مثلها أو قيمتها لان تضمين النقصان متعذر لانه يؤدى الى الربا اه وبه علم أن الخيار للمالك بين امساك العين بلا رجوع بالنقصان وبين دفعها وتضمين مثلها أى مثل وزنها الا انه رضى بابطال حقه فى الجودة وبين تضمين قيمتها أى من خلاف الجنس وفى مسألتنا اذا كان الخيار للبائع فى بيع الربوى وعيبه المشترى واختار البائع الفسخ ليس له أخذ نقصان العيب لانه يؤدى الى الربا وينبغى أن يكون له الخيارات المذكورة تأمل (قوله فى الثانية) أى ما كان الخيار فيها للمشترى (قوله ولو يرتفع) مقابل قوله بعيب لا يرتفع (قوله فهو على خياره) أى فله الفسخ فى مدة الخيار ورد المبيع على بائعه لتعذر الرد (قوله والا) أى وان لم يزل المرض فى المدة لزم العقد لانه لا يمكنه رده فى المدة معيبا لتضرر البائع ولو زال بعد مضى المدة لزم العقد بمضيها (قوله ابن كمال) ومثله فى البحر والجوهرة (قوله ولا يملكه المشترى) اى فيما اذا كان الخيار له فقط لكن فى الخانية يصح اعتاقه ويكون امضاء وفى المعراج تجب النفقة عليه بالاجماع ولو تصرف فيه فى مدة الخيار جاز تصرفه ويكون اجازة منه وفى جامع الفصولين لو رهن بالثمن رهنا جاز الرهن به مع انه ذكر فيه أيضا انه لو أبرأه البائع عن الثمن لم يجز ابراؤه عند أبى يوسف اه فينبغى أن لا يصح الرهن أيضا والجواب أن الابراء يعتمد الدين ولا دين له عليه لان الثمن باق على ملك المشترى بخلاف الرهن بدليل صحته بالدين الموعود به لكن فى المعراج أن عدم صحة الرهن بالثمن قياس والاستحسان صحته لانه ابراء بعد وجود السبب وهو البيع وتمامه فى البحر وفيه عن الخلاصة ان زوائد المبيع موقوفة ان تم البيع كانت للمشترى وان فسخ كانت للبائع (قوله خلافا لهما) حيث قالا انه يملكه (قوله لئلا يصير سائبة) أى شيأ لا مالك له بعد دخوله فى الملك وهذا دليل لقولهما انه يملكه بعد خروجه من ملك البائع أى انه لو لم يملكه لزم أن يخرج عن ملك البائع لا الى مالك فيكون كالسائبة ولا عهد لنا به فى الشرع يعنى فى المعاوضات لئلا يرد نحو التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل فى ملك الورثة ولا الغرماء وتمامه فى النهر والفتح (قوله قلنا) أى من طرف الامام وهو جواب بمنع كونه كالسائبة (قوله والثانى موجود هنا) وهو علقة الملك أى للبائع اذ قد يرد عليه فيعود اليه حقيقة ملكه وللمشترى أيضا اذ قد يسقط خياره فيكون له ط (قوله ويلزمكم الخ) استدلال للامام بطريق النقض الاجمالى لدليل الخصم باستلزامه الفساد من وجهين الاول ما فى النهر انه لو دخل فى ملك المشترى مع كون الثمن لم يخرج من ملكه لزم اجتماع البدلين فى حكم ملك احد المتعاقدين حكما للمعاوضة ولا أصل له فى الشرع يعنى فى باب المعاوضة فانها تقتضى المساواة بينهما فى تبادل ملكيهما فلا يرد ما لو غصب المدبر وأبق من يده فانه يضمن قيمته ولا يخرج به عن ملك المالك فيجتمع العوضان فى ملك لانه ضمان جناية لا معاوضة والثانى ما فى الفتح من أن خيار المشترى شرع نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة فلو أثبتنا الملك بمجرد البيع مع خياره ألحقناه نقيض مقصوده اذ ربما كان المبيع من يعتق عليه فيعتق بلا اختياره فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذ كان مفوتا للنظر وذلك لا يجوز

(قوله

كتعيبه) فيها بعيب لا يرتفع كقطع يد فيلزمه قيمته فى المسألة الاولى وللبائع فسخ البيع وأخذ نقصان القيمى لا المثلى لشبهة الربا حدادى وثمنه فى الثانية ولو يرتفع كمرض فان زال فى المدة فهو على خياره والا لزمه العقد لتعذر الرد ابن كمال

(ولا يملكه المشترى خلافا لهما) لئلا يصير سائبة قلنا السائبة هى التى لا ملك فيها لاحد ولا تعلق ملك والثانى موجود هنا ويلزمكم اجتماع البدلين والعود على موضوعه بالنقض بشراء قريبه

قوله لتعذر الرد هكذا بخطه وفيه نظر فليتأمل اه مصححه

(قوله ولا يخرج شئ منهما الخ) فان تصرف البائع جاز وكان فسخا وكذا ان تصرف المشترى فى الثمن ان كان عينا وتصرف كل منهما فيما اشتراه باطل وأيهما هلك قبل التسليم بطل البيع فان هلك بعده بطل أيضا ولزم قيمته منح (قوله عن مالكه) لاحاجة اليه ط (قوله وأيهما أجاز بطل خياره فقط) اى وصار العقد باتا من جانبه والآخر على خياره وان لم يوجد منهما اجازة ولا فسخ حتى مضت المدة لزم البيع ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر بطل البيع بينهما سواء سبق الفسخ أو الاجازة أو كانا معا ولا عبرة للاجازة بكل حال اه منح وحاصله انه اذا أجاز أحدهما فالآخر على خياره فان أجاز ايضا تم العقد وان فسخ بطل وان سكتا حتى مضت المدة لزم العقد (قوله وهذا الخلاف) أى المذكور بين الامام وصاحبيه فى مسألة خيار المشترى وهو أن المبيع لا يدخل فى ملك المشترى عنده ويدخل عندهما والتفريع فى المسائل الآتية على قوله (قوله بقى النكاح) لانه لم يملكها عنده واذا اسقط الخيار بطل اى النكاح للتنافى أى بين ثبوت المتعة بملك اليمين وبالعقد وعندهما انفسخ النكاح لدخولها فى ملك الزوج فاذا فسخ المشترى البيع رجعت الى مولاها بلا نكاح عليها عندهما وعنده تستمر زوجته كما فى الفتح قال فى البحر وعلى هذا لو اشترى زوجته فاسدا وقبضها يفسد النكاح ثم اذا فسخ البيع للفساد لا يرتفع فساد النكاح (قوله لا يعتبر استبراء) أى عنده وعندهما يعتبر ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض بحر وهى المسألة الآتية فى رمز الفاء (قوله فلا يعتق محرمه) أى اذا اشترى قريبه المحرم لا يعتق عليه فى مدة الخيار عنده حتى تنقضى المدة ولم يفسخ وعندهما يعتق لانه ملكه (قوله فله ردها) لانه حيث لم يملكها عنده كان وطؤه لها فى مدة الخيار بالنكاح لا بملك اليمين فلا يمتنع الرد لانه لم يكن دليل الرضى بالبيع بخلاف وطء غير منكوحته كما سيأتى وعندهما يمتنع لان الوطء حصل فى الملك وقد بطل النكاح فكان دليل الرضى (قوله الا اذا نقصها) أى الوطء ولو ثيبا فيمتنع الرد نهر وفتح ومقتضاه أن دواعى الوطء ليست كالوطء لعدم التنقيص بها فلا يجرى فيها الخلاف المذكور بخلافها فى غير المنكوحة فان دواعيه مثله فتكون دليل الرضى بالبيع فيمتنع الرد اتفاقا كما سيأتى وعلى هذا فيشكل ما فى شرح منلا مسكين من انه يمتنع الرد عند الامام لو قبلها أو مسها أو مسته بشهوة وكذا لو وطئها غير الزوج فى يده اه ووجه الاخير ظاهر لان وطء غيره موجب للعقر وهو زيادة منفصلة متولدة من المبيع بعد القبض فتمنع الرد كما مر ويأتى (تنبيه) قال فى البحر ولم أر حكم حل وطء المبيعة بخيار أما اذا كان الخيار للبائع فينبغى حله له لا للمشترى وان كان للمشترى ينبغى أن لا يحل لهما ونقله فى المعراج عن الشافعى اه ولا يخفى أن هذا فى غير منكوحته ثم اعلم أن هذه المسألة غير مكررة مع الاولى المرموز لها بالالف وان كان موضوعهما شراء الامة المنكوحة لان المقصود من الاولى أن شراءها لا يبطل نكاحها ومن هذه أن وطء زوجها لا يمنعه من ردها كما نبه عليه ط وهو ظاهر (قوله من الوديعة عند بائعه الخ) أى اذا قبض المشترى المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك فى يده فى تلك المدة هلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشترى لصحة الايداع باعتبار قيام الملك وتمامه فى البحر (قوله لعدم الملك) علة للعلة (قوله لو ولدت) أى بالنكاح بحر (قوله لم تصر أم ولد) أى للمشترى لعدم الملك خلافا لهما بحر (قوله لزم العقد الخ) أى اتفاقا وتصير أم ولد للمشترى اذا ادعاه بحر عن ابن كمال لان تعيب المبيع فى مدة الخيار بعد قبضه له مبطل لخياره (قوله اذا ولدت الخ) أى فى يد المشترى فيوافق ما قبله ط (قوله ولم تنقصها الولادة) مقتضاه أن الولادة قد لا تكون نقصانا وهو خلاف الاطلاق السابق ويؤيد السابق ما فى البزازية اشتراها وقبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لا من البائع وهو لا يعلم فى رواية المضاربة عيب مطلقا لان التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفى رواية ان نقصتها الولادة عيب وفى البهائم ليست بعيب الا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى اه وسيذكر الشارح فى خيار العيب عن البزازية خلاف ما نقلناه عنها وهو تحريف كما سنوضحه هنالك (قوله فهو للبائع بعد الفسخ) لانه عنده لم يحدث على ملك المشترى وعندهما للمشترى لحدوثه على ملكه بحر قال ط وأما اذا لم يفسخ فالزوائد تبع للمبيع كما سلف (قوله فلا استبراء على البائع) لانه انما يجب بتجديد الملك ولم يوجد حيث لم تدخل فى ملك غيره فكأنه لم يزل ملك البائع ابن كمال (قوله لكن عبارة ابن الكمال وأسلم المشترى) وكذا فى الفتح وغيره فيكون هو المراد من لفظ أحدهما فى

(ولا يخرج شئ منهما) أي من مبيع وثمن من ملك بائع ومشتر عن مالكه اتفاقا (اذا كان الخيار لهما) وأيهما فسخ فى المدة انفسخ البيع وأيهما أجاز بطل خياره فقط (و) هذا الخلاف (تظهر ثمرته فى) عشر مسائل جمعها العينى فى قوله (اسحق عزل نخم) (الالف) من الامة لو اشتراها بخيار وهى زوجته بقى النكاح (والسين) من الاستبراء لحيضها فى المدة لا يعتبر استبراء (والحاء) من المحرم فلا يعتق محرمه (والقاف) من القربان لمنكوحته المشتراة فله ردها الا اذا نقصها به (والعين) من الوديعة عند بائعه فيهلك على البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك (والزاى) من الزوجة المشتراة لو ولدت فى المدة فى يد البائع لم تصر أم ولد ولو فى يد المشترى لزم العقد لان الولادة عيب درر وابن كمال وفى البحر عن الخانية اذا ولدت بطل خياره وان كان الولد ميتا ولم تنقصها الولادة لا يبطل خياره وأقره المصنف (والكاف) من الكسب للعبد فى المدة فهو للبائع بعد الفسخ (والفاء) من انفسخ لبيع الامة فلا استبراء على البائع (والخاء) من الخمر فلو شراه ذمى من مثله بالخيار فأسلم أحدهما فهو للبائع عينى وتبعه المصنف لكن عبارة ابن الكمال وأسلم المشترى

عبارة العيني لانه لو أسلم البائع لاتظهر فيه ثمرة الاختلاف لبقاء الخيار اجماعا كما في الزيلعي حيث قال لو اشترى ذمّي من ذمّي خمرا على انه أي المشتري بالخيار ثم أسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك تمليكها بالردّ وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملك تملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ولو أسلم البائع والخيار للمشتري بقي على خياره بالاجماع ولو ردّها المشتري عادت الى ملك البائع لان العقد من جانب البائع باتّ فان أجازه صار له وان فسخ صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكما كما في الارث ولو كان الخيار للبائع فأسلم هو بطل البيع لانّ المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر أن يملك الخمر ولو أسلم المشتري لا يبطل العقد والبائع على خياره لانّ العقد من جهة المشتري باتّ فان أجاز العقد صار له لانّ المسلم من أهل أن يملك الخمر حكما وان فسخه كان للبائع وهذا كله فيما اذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لاحدهما فلو قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتّا أو بخيار لاحدهما أولهما لان للقبض شبها بالعقد من حيث انه يفيد ملك التصرّف فلا يملكه بعد الاسلام اهـ ملخصا (قوله من المأذون الخ) أي اذا اشترى عبد مأذون شيأ بالخيار وأبرأه بائعه عن ثمنه في مدة الخيار بقي خياره لانه لما لم يملكه كان ردّه في المدة امتناعا عن التملك وللمأذون ولاية ذلك فانه اذا وهب له شيء فله ولاية أن لا يقبله درر وعندهما يبطل خياره لانه لما ملكه كان الردّ منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله وهذا يقتضي صحة الابراء وقدّمنا انه لا يصح عند أبي يوسف قياسا ويصح عند محمد استحسانا بحر (قوله كل ذلك) أي المذكور من أحكام المسائل العشر (قوله لم يعتق) لانه عنده لم يملكه فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فيعتق لانه ملكه وأما لو قال ان اشتريت بدل قوله ان ملكت فانه يعتق اتفاقا لوجود الشرط وهو الشراء فيكون كالمنشيء للعتق بعده فيسقط الخيار فتح وبحر (قوله واستدامة السكنى الخ) صورتها اشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة أو اعارة فاستدام سكناها قال خواهر زاده استدامتها اختيار وعندهما الملك العين وعنده ليس باختيار فتح ومثله خيار العيب وخيار الشرط في القسمة ولو ابتدأ السكنى بطل خياره وتمامه في البحر (قوله فأحرم) أي وهو في يده بطل البيع عنده ويردّه الى البائع وعندهما يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فأحرم المشتري له أن يردّه بحر وعبارة الفتح ولو كان للمشتري فأحرم البائع للمشتري أن يردّه وهي الصواب (قوله بعد الفسخ) متعلق بما تعلق به قوله للبائع أي تثبت للبائع بعد الفسخ لانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه كما في الفتح ثم لا يخفى أن الزوائد تعمّ المتصلة والمنفصلة متولدة أو غيرها وليس بصحيح هنا لما قدّمناه عن التتارخانية من أنّ حدوثها عند المشتري يمنع الفسخ بالخيار الا اذا كانت منفصلة غير متولدة كالكسب فهذه يتأتى فيها اجراء الخلاف لامكان الفسخ فيها أمّا في بقية الصور الثلاث فلا بل هي للمشتري قطعا لحدوثها على ملكه حيث امتنع بها الفسخ ولزمه البيع ثم رأيت في جامع الفصولين ذكر مسائل الزيادة كما قدّمنا من امتناع الفسخ في الكل الا في صورة المنفصلة الغير المتولدة وانّ الخلاف فيها فقط وحينئذ فاطلاق الزوائد هنا ليس مما ينبغي بل المراد به الصورة المذكورة وهي مسألة الكسب التي رمز لها بالكاف فكان على الشارح اسقاط هذه لتكرارها مع ايهامها خلاف المراد كما ظنه من قال انّ الزوائد تعمّ المتصلة والمنفصلة فيستغني بها عن الكاف المشار بها الى الكسب اهـ فافهم (قوله فسد) أي البيع عنده لعجزه عن تملكه باسقاط خياره ويتمّ عندهما لعجزه عن ردّه بفسخه فتح (قوله خلافا لهما) راجع للمسائل الخمس المزيدة فافهم (قوله ويضمّ الرمز للرمز) كذا في بعض النسخ أي يضمّ الرمز المزيد بلفظ تتصدّر للرمز السابق وفي بعض النسخ ويضم لرمز الرمز بجرّ الاول باللام والثاني بالاضافة وهذه النسخة ألطف وعليها ففي يضم ضمير يعود للرمز المزيد ويكون المراد بالرمز المجرور باللام الرمز السابق عن العيني وبالرمز المجرور بالاضافة شرح الكنز للعيني فان اسمه الرمز وفي ط فيصير المعنى اصدق عزلك أي احققه بتواضعك وعظم الله تعالى في قلبك فامتثل أمره ونهيه وعظم الناس بانزالهم منزلتهم تصير صدرا أي مقدما ومقرّبا عند الله تعالى وعند الناس (قوله ولم أره لاحد) أي لم ير الرمز بتصدّر والا فالمسائل في المنح والبحر ط (قوله أجاز من له الخيار) أي أجاز بالقول أو بالفعل كالاعتاق والوطء ونحوهما كما يأتي وفي جامع الفصولين اذا قال أجزت شراءه أو شئت أخذه أو رضيت أخذه بطل خياره ولو قال هويت اخذه أو أحببت

(والميم) من المأذون لو أبرأه البائع من الثمن صح استحسانا وبقي خياره لانه يلي عدم التملك كل ذلك عنده خلافا لهما قلت وزيد على ذلك مسائل منها (التاء) للتعليق كان ملكته فهو حرّ فشراه بخيار لم يعتق (والتاء) واستدامة السكنى باجارة او اعارة ليس باختيار (والصاد) وصيد شراه بخيار فأحرم بطل البيع (والدال) والزوائد الحادثة في المدة بعد الفسخ للبائع (والراء) والعصير في بيع مسلمين لو تخمر في المدة فسد خلافا لهما فينبغي أن يرمز لها بلفظ تتصدّر ويضم الرمز للرمز ولم أره لاحد فليحفظ (أجاز من له الخيار) ولو أجنبيا

أو أردت أو أعجبني أو وافقني لا يبطل لو اختار الرد أو القبول بقلبه فهو باطل لتعلق الاحكام بالظاهر لا بالباطن (قوله ولو مع جهل صاحبه) أى العاقد معه أما لو كان المشتريين فسخ أحدهما بغيبة الآخر لم يجز كما في جامع الفصولين (قوله لهما) أى لكل من المتعاقدين (قوله فليس للآخر الاجازة) أى الا اذا قبل الاول اجازته يدل عليه ما في جامع الفصولين باعه بخيار ففسخه في المدة انفسخ فان قال بعده أجزت وقبل المشترى جاز استحسانا ولو كان الخيار للمشترى فأجاز ثم فسخ وقبل البائع جاز وينفسخ اه فيكون الاول بيعا آخر كما سيذكره الشارح والثانى اقالة (قوله لان المفسوخ لا تلحقه الاجازة) فيه اشكال سيذكره الشارح مع جوابه (قوله لا يصح الا اذا علم الآخر) هذا عندهما وقال أبو يوسف يصح وهو قول الائمة الثلاثة قال الكرخي وخيار الرؤية على هذا الخلاف وفي العيب لا يصح فسخه بدون علمه اجماعا ولو أجاز البيع بعد فسخه قبل أن يعلم المشترى جاز وبطل فسخه ذكره الاسبيجابي يعني عندهما وفيه يظهر أثر الخلاف وفيما اذا باعه بشرط انه اذا غاب فسخ فسد البيع عندهما خلافا لابي يوسف ورجح قوله في الفتح نهر (قوله فلو لم يعلم) أى في مدة الخيار سواء علم بعدها أو لم يعلم أصلا (قوله أن يستوثق بكفيل) الذى في العيني أن يأخذ منه وكيلا يعني اذا بدا له الفسخ رده عليه اه ومثله في البحر وغيره ح (قوله أو يرفع الامر للحاكم لينصب الخ) في العمادية وهذا احد قولين وقيل لا ينصب لانه ترك النظر لنفسه بعدم أخذ الوكيل فلا ينظر القاضى اليه وتمامه في النهر (قوله لصحته بالفعل بلا علمه) مثال الفسخ بالفعل أن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا أعتق المبيع أو باعه أو كان جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عينا فتصرف فيه المشترى تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشترى صرح به الاكمل في العناية وغيره من المشايخ منح والمراد بقوله أن يتصرف البائع الخ أن يكون الخيار له وتصرف كذلك فيكون فسخا حكميا لانه دليل استبقاء المبيع على ملكه وأما لو كان الخيار للمشترى وفعل ما ذكر فانه يتم البيع كما يأتى (قوله كما أفاده الخ) أى افاد الفعل الذى يصح به الفسخ يعني أن امثلة الفسخ بالفعل تستفاد من قوله المذكور وان لم يكن المذكور من أمثلة الفسخ بل من امثلة التمام والاجازة قال في الفتح وجميع ما قدمنا انه اجازة اذا صدر من المشترى من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البائع اه وقد أفاد الشارح ذلك بقوله الآتى ولو فعل البائع ذلك كان فسخا والمراد به الاعتاق وما بعده وحينئذ فليس في كلامه غلط بل هو من رموزه التى تخفى على المعترضين فافهم (قوله وتم العقد الخ) أى تحصل الاجازة بواحد مما ذكر وهو كلام موهم فان في بعضها يكون اجازة سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى وهو الموت ومضى المدة وفي بعضها اذا كان للمشترى وهو الاعتاق وتوابعه فلو للبائع كان فسخا أفاده في البحر (قوله بموته) أى موت من له الخيار بائعا كان أو مشتريا لان موت غيره لا يتم به العقد بل الخيار باق لمن شرط له فان أمضى العقد مضى وان فسخه انفسخ كما في الفتح نهر وفي جامع الفصولين لو الخيار لهما فمات احدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره وفيه أيضا وكيل البيع او الوصى باع بخيار أو المالك باع بخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصى أو الموكل او الصبى أو من باع بنفسه او من شرط له الخيار قال محمد يتم البيع في كل ذلك لان لكل منهم حقا في الخيار والجنون كالموت اه وكذا الاغماء وتمامه في النهر (قوله ولا يخلفه الوارث) لانه ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال هداية (قوله كخيار رؤية) نص على ذلك في الغرر والوقاية والنقاية ومختصرها والملتقى والاصلاح والبحر والنهر وكذا في الهداية والفتح من باب خيار الرؤية ولم أر من ذكر فيه خلافا وعليه فما في فرائض شرح البيرى عن شرح المجمع لابن الضياء من أن الصحيح أن خيار الرؤية يورث فهو غريب ولعل أصل العبارة لا يورث تأمل (قوله وتغرير ونقد) لم يذكرهما في الدرر بل ذكر المصنف الاول منهما في المنح بحثا وذكر الثانى في النهر بحثا أيضا ووجه ذلك أن الحقوق المجردة لا تورث وكأن الوجه لما قوى عند الشارح جزم به وقد رأيت مسألة النقد في شرح البيرى عن خزانة الاكمل نص على انه لو مات قبل نقد الثمن بطل البيع وليس لوارثه نقده وأما مسألة التغرير فقد وقع فيها اضطراب فنقل الشارح في آخر باب المرابحة عن المقدسى انه أفتى بمثل ما بحثه المصنف هنا ثم ذكر أن المصنف ذكر في شرح منظومته الفقهية أن خيار التغرير يورث كخيار العيب وأن ابن المصنف ايده وسنذكران شاء الله تعالى ما فيه هناك ثم بحث الخير الرملى أيضا في حاشية البحر أنه يورث قياسا على خيار فوات الوصف المرغوب

(صح ولو مع جهل صاحبه) اجماعا الا أن يكون الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الاجازة لان المفسوخ لا تلحقه الاجازة (فان فسخ) بالقول (لا) يصح (الا اذا علم) الآخر في المدة فلو لم يعلم لزم العقد والحيلة أن يستوثق بكفيل مخافة الغيبة أو يرفع الامر للحاكم لينصب من يرد عليه عيني قيدنا بالقول لصحته بالفعل بلا علمه اتفاقا كما أفاده بقوله (وتم العقد بموته) ولا يخلفه الوارث كخيار رؤية وتغرير ونقد

فيه كشراء عبد على انه خباز وقال انه به أشبه لانه اشتراه بناء على قول البائع فكان شارطاله اقتضاء وصفا مرغوبا فبان بخلافه وقد اختلف تفقه الشيخ علي المقدسي والشيخ محمد الغزي في هذه المسألة لانهما لم يرياها منقولة ومال الشيخ علي لما قلته فقال والذي أميل اليه انه مثل خيار العيب يعني فيورث اهـ وبه علم أن مانقله الشارح عن المقدسي مخالف لما نقله عنه الرملي لكن سيأتي في المرابحة انه لوظهر له خيانة في المرابحة له رده ولوهلك المبيع قبل رده أوحدث به مايمنع من الرد لزمه جميع الثمن وسقط خياره وعللوه هنالك بأنه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه جزء فائت فيسقط ما يقابله وأخذ منه في البحر هنالك أن خيار ظهور الخيانة لا يورث كما سنذكره هنالك ولا يخفى أن التغرير أشبه بظهور الخيانة في المرابحة فكان الحاقه به اولى من الحاقه بالوصف المرغوب لان الوصف المرغوب بمنزلة جزء من المبيع فيقابله جزء من الثمن حيث كان الوصف مشروطا فاذا فات يسقط ما يقابله كخيار العيب وليس في التغرير شئ من ذلك بل هو مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن مثل خيار الخيانة في المرابحة وبه يعلم أن الارجح انه لا يورث كما جزم به الشارح والله سبحانه أعلم (قوله لان الاوصاف لا تورث) هذا التعليل انما يناسب التعبير بان خيار الشرط ونحوه لا يورث كما وقع في الدرر والوقاية والشارح انما عبر بأنه لا يخلفه الوارث لانه أضبط لان مالا يورث قد يخلفه الوارث فيه كخيار العيب فكان الاولى التعليل بان الاوصاف لا تنتقل كما مر عن الهداية أي فان خيار الشرط مجرد مشيئة وارادة وذلك وصف لصاحب الخيار فلا يمكن انتقاله الى الوارث لا بطريق الارث ولا بطريق الخلافة ومثله خيار الرؤية والتغرير ولا يخفى أن هذا لا يتأتى في خيار النقد لان نقد الثمن فعل لا وصف وهذا يرجح انه كخيار العيب تأمل (تتمة) في شرح البيري عن شرح المجمع لابن الضياء وأجمعوا أن خيار القبول لا يورث وكذا خيار الاجازة في بيع الفضولي اهـ والمراد بخيار القبول خيار المجلس وهو أن يقبل في مجلس العقد بعد ايجاب الموجب (قوله وفوات الوصف المرغوب فيه) هذا غير موجود في الدرر نعم ذكره في البحر والنهر ووجهه ظاهر لانه في معنى العيب (قوله فيخلفه الوارث فيها الخ) لان المورث استحق المبيع سليما من العيب فكذا الوارث وكذا خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك غيره لا أن يورث الخيار هداية ويدل على أن ذلك ليس بطريق الارث مافي الدرر من أن الوارث يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت المورث وان لم يثبت للمورث اهـ وفي غاية البيان والدليل على أن هذا الخيار للوارث غير ما كان للمورث أن المشتري كان له أن يختار أحدهما أو يردهما وليس للوارث أن يردهما وخيار المشتري كان موقتا وللورثة يثبت غير موقت اهـ (قوله ومضي المدة) أي مدة الخيار قبل الفسخ أي سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري لانه لم يثبت الخيار الا فيها فلا بقاء له بعدها بحر (قوله وان لم يعلم) أي بمضيها (قوله لمرض أو اغماء) مشى على ماهو التحقيق من أن الاغماء والجنون لا يسقطان الخيار انما المسقط له مضي المدة من غير اختيار ولذا لو أفاق فيها وفسخ جاز بحر (قوله والاعتاق) ولو بشرط وجد في المدة بحر (قوله ولو لبعضه) أي لبعض العبد المبيع قال في النهر وقد أغفلوه هنا (قوله وتوابعه) كالكتابة والتدبير (قوله الا في الملك) أي ملك المباشر للفعل بطريق الاصالة (قوله كاجارة) تمثيل لقوله لا ينفذ الا في الملك قال في البحر وأشار بالاعتاق الى كل تصرف لا يفعل الا في الملك كما اذا باعه أو وهبه وسلمه أو رهن أو آجر وان لم يسلم على الاصح أو أبرأه من الثمن أو اشترى به شيأ أو ساومه به أو حجم العبد أو سقاه دواء أو حلق رأسه أو سقى زرع الارض أو حصده أو عرض المبيع للبيع أو أسكنه في الدار ولو بلا أجر أو رم منها شيأ أو بنى بناء أو طينه أو هدمه أو حلب البقرة أو شق أوداج الدابة أو بزغها لا لو قص حوافرها أو أخذ من عرفها أو استخدم الخادم مرة أو لبس الثوب مرة أو ركب الدابة مرة أو أمر الامة بارضاع ولده لانه استخدام والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر اهـ ملخصا وبقي مالو زاد المبيع في يد المشتري وقدمنا حكمه عند قوله كتعيبه (قوله ونظر الى فرج الخ) تمثيل لقوله أو لا يحل الا في الملك وأورد أن مقتضى الضابط تعميم النظر الى كل مالا يحل قلت وفيه نظر لان الضابط في تصرف لا يحل الخ لا في فعل ومطلق النظر وان كان فعلا لكنه ليس بتصرف الا اذا كان الى الفرج الداخل فانه تصرف حكما بمنزلة الوطء بدليل ثبوت حرمة المصاهرة به فافهم قال في البحر واعلم أن دواعي الوطء كالوطء فاذا اشترى غير زوجته بالخيار فقبلها بشهوة أو لمسها بها

لان الاوصاف لا تورث وأما خيار العيب والتعيين وفوات الوصف المرغوب فيه فيخلفه الوارث فيها لا انه يرث خياره درر فليحفظ (ومضي المدة) وان لم يعلم لمرض أو اغماء (والاعتاق) ولو لبعضه (وتوابعه) وكذا كل تصرف لا ينفذ أو لا يحل الا في الملك كاجارة ولو بلا تسليم في الاصح ونظر الى فرج داخل

أو نظر

أو نظر الى فرجها بها سقط خياره وحدها انتشار آلته أو زيادته وقيل بالقلب وان لم يتنشر فلو بلا شهوة لم يسقط فى الكل اه وقيد بغير زوجته اذ لو شرى زوجته ووطئها لم يسقط خياره لعدم دلالته على الرضى الا اذا نقصها كما قدمه الشارح (قوله بشهوة) فلو بغيرها لم يسقط لان ذلك يحل فى غير الملك فى الجملة لان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر فتح (قوله والقول لمنكر الشهوة) عبارة الفتح ولو أنكر الشهوة فى هذه اى فى الدواعى كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذا اذا فعلت الجارية ذلك سقط خياره فى قول أبى حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع والمباضعة ولو مكرها اختيار وانما يلزم سقوط الخيار فى غير المباضعة اذا أقر بشهوتها اه وبه علم انه فى المباضعة منها أو منه لا يصدق فى عدم الشهوة ولذا قال فى البحر لو ادعى عدم الشهوة فى التقبيل فى الفم لم يقبل أى لان التقبيل على الفم لا يخلو عن الشهوة عادة فالمباضعة بالاولى (قوله ومفاده) أى مفاد ما ذكر من الضابط قال فى النهر بعد قوله كان اجازة لان هذا الفعل وان احتيج اليه للامتحان الا انه لا يحل فى غير الملك بحال (قوله ولو وجدها ثيبا الخ) أى لو اشتراها على انها بكر فوطئها فوجدها ثيبا يردها بهذا العيب اى عيب الثيوبة لفوات الوصف المرغوب وهو البكارة أما لو لم يشترطها فلا رد أصلا كما سيأتى فى خيار العيب ثم اعلم أن التفصيل بين اللبث وعدمه خلاف ما يفيده الضابط اذ لا شك أن الوطء لا يحل فى غير الملك سواء كانت ثيبا أو بكرا فلا فرق فيه بين اللبث وعدمه وعبارة النهر لا غبار عليها حيث قال وقد قالوا بأنه لو وجدها ثيبا الخ فان قوله وقد قالوا استدراك على ما ذكره من المفاد أى ما قالوه من التفصيل خلاف هذا المفاد وما استدرك به ذكره فى القنية ثم رمز بعده وقال والوطء يمنع الرد وهو المذهب اه وبه علم أن مفاد الضابط هو المذهب فلا وجه للاستدراك عليه على أن هذا الضابط انما هو فى خيار الشرط وهذه المسألة من مسائل خيار العيب (قوله وسيجىء فى بابه) أى فى باب خيار العيب والذى سيجىء حكاية أقوال فى المسألة وقد علمت ما هو المذهب وعليه مشى المصنف هناك فافهم (قوله ولو فعل البائع ذلك) أى التصرف الذى لا ينفذ أو لا يحل الا فى الملك وكان الخيار له ط (قوله وطلب الشفعة بها) صورته أن يشترى دارا بشرط الخيار له ثم تباع دار بجوارها فطلب الشفعة بسبب الدار التى اشتراها سقط خياره فيها وتم البيع (قوله بخلاف خيار رؤية وعيب) فانه اذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة فله أن يرد الدار بخيار الرؤية درر وكذا بخيار العيب (قوله من المشترى) متعلق بطلب أو به وبالاعتاق (قوله اذا كان الخيار له) ظاهره انه لو كان للبائع يبقى خياره بعد طلب الشفعة لان ملكه باق بخياره بخلاف المشترى لانه لا ملك له مع خياره فطلبه الشفعة دليل التملك لانهم عللوا المسألة بأنه لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة فتضمن سقوط الخيار اه فافهم (قوله أو البائع الخ) هو مذكور فى غاية البيان عن الجامع الصغير وعبارته اعلم أن احد العاقدين اذا اشترط الخيار لغيرهما كان البيع جائزا بهذا الشرط اه وصرح به منلا مسكين عن السراجية والكافى وقال ان التقييد بالمشترى اتفاقى ونقله الحموى عن المفتاح ويأتى قريبا عن البحر (قوله الخيار) أى خيار الشرط لان خيار العيب والرؤية لا يثبت لغير العاقدين بحر عن المعراج (قوله عاقدا كان أو غيره) تعميم للغير لكن قال ح الاولى أن يراد بالغير الاجنبى لان مسألة ما اذا جعل المشترى الخيار للبائع أو العكس قد ذكرت أول الباب فى قوله ولاحدهما وأيضا فيما اذا جعل المشترى الخيار للبائع لا يكون الخيار لهما بل للبائع فقط وفى العكس يكون الخيار للمشترى فقط فكيف يصح قوله فان أجاز أحدهما الخ ولذلك قال فى البحر ولو قال المصنف ولو شرط أحد المتعاقدين الخيار لاجنبى صح لكان أولى ليشمل ما اذا كان الشارط البائع أو المشترى وليخرج اشتراط أحدهما للآخر فان قوله لغيره صادق بالبائع وليس بمراد ولذا قال فى المعراج والمراد من الغير هنا غير العاقدين ليتأتى فيه خلاف زفر اه قلت ومثله فى الفتح وبه زال تردد صاحب النهر حيث قال ولم أر ما لو اشترطه المشترى للبائع هل يكون نائبا عنه أيضا محل تردد فتدبره اه (قوله صح استحسانا) والقياس أن لا يصح وهو قول زفر (قوله ان وافقه الآخر) قيد به لانه محل الصحة على الاطلاق وهو مفاد التفصيل الذى بعده (قوله لعدم المزاحم) لان الاسبق ثبت حكمه قبل المتأخر فلم يعارضه وان كان المتأخر أقوى كالفسخ (قوله ولو كانا معا) بأن خرج الكلامان معا كما فى السراج وهذا قد يتعسر والظاهر أنه يكفى عدم العلم بالسابق منهما نهر (قوله فى الاصح) صححه

بشهوة والقول لمنكر الشهوة فتح ومفاده أنه لو اشتراها بالخيار على انها بكر فوطئها ليعلم اهى بكر أم لا كان اجازة ولو وجدها ثيبا ولم يلبث فله الرد بهذا العيب نهر وسيجىء فى بابه ولو فعل البائع ذلك كان فسخا (وطلب الشفعة) وان لم يأخذها معراج (بها) أى بدار فيها خيار الشرط بخلاف خيار رؤية وعيب معراج (من المشترى اذا كان الخيار له) لانه دليل الاجازة (ولو شرط المشترى) أو البائع كما يفيده كلام الدرر وبه جزم البهنسى (الخيار لغيره) عاقدا كان أو غيره بهنسى (صح) استحسانا وثبت الخيار لهما (فان أجاز أحدهما) من النائب والمستنيب (أو نقض صح) ان وافقه الآخر (وان أجاز أحدهما وعكس الآخر فالاسبق اولى) لعدم المزاحم (ولو كانا معا فالفسخ أحق) فى الاصح زيلعى

لان المجاز يفسخ والمفسوخ لايجاز واعترض بأنه يجاز لما فى المبسوط (لو) تفاسخا ثم (تراضيا على) فسخ الفسخ وعلى (اعادة العقد بينهما جاز) اذ فسخ الفسخ اجازة وأجيب بمنع كونه اجازة بل بيع ابتداء (باع عبدين على انه بالخيار فى أحدهما ان فصل ثمن كل) واحد منهما (وعين) الذى فيه الخيار (صح) البيع للعلم بالمبيع والثمن (والا) يعين ولا يفصل أو عين فقط أو فصل فقط (لا) يصح لجهالة المبيع والثمن أو احدهما (وكذا لو كان الخيار للمشترى) تأتى أيضا الانواع الاربع (فرع) وكله ببيع بشرط الخيار فباع بلا شرط لم يجز ولو وكله بالشراء والحالة هذه نفذ على الوكيل والفرق أن الشراء متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع فتح وسيجىء فى الفضولى والوكالة فليحفظ (وصح خيار التعيين) فى القيميات لا فى المثليات لعدم تفاوتها ولو للبائع فى الاصح كافى لانه قد يرث قيميا ويقبضه وكيله ولا يعرفه فيبيعه بهذا الشرط فتمس الحاجة اليه نهر

مطلب

فى خيار التعيين

قاضى خان معزيا للمبسوط وفى رواية ترجيح تصرف العاقد لقوته لان النائب يستفيد الولاية منه وقيل هو قول محمد وما فى الكتاب قول أبى يوسف بحر (قوله والمفسوخ لايجاز) أى فصار الفسخ أقوى لكونه لا ينقض بالاجازة فلذا كان أحق (قوله بل بيع ابتداء) وعليه فقوله واعادة العقد بمعنى عقده ثانيا بالايجاب والقبول أو بالتعاطى أفاده ط (قوله باع عبدين الخ) أراد بهما القيميين احترازا عن قيمى ومثليين اذ فى القيمى الواحد اذا شرط الخيار فى نصفه يصح مطلقا وفى المثليين كذلك لعدم التفاوت بحر عن الزيلعى وفى النهر الظاهر أن القيميين ليسا بقيد اذ لو كانا مثليين أو احدهما مثليا والآخر قيميا وفصل وعين فالحكم كذلك فيما ينبغى اه قلت هذا لا يرد على ما قبله من كونه قيدا احترازيا اذ المراد الاحتراز عما عدا القيميين لصحته مع التفصيل والتعيين وبدونهما ولذا قال يصح مطلقا الا انه فى القيميين لا يصح بدونهما فعلم انه مع التفصيل والتعيين يصح فى القيميين وغيرهما فتدبر نعم ينبغى تقييد المثليين بما اذا كانا من جنس واحد اذ لو تفاوتا كبر وشعير صارا كالقيميين فى اشتراط التفصيل والتعيين ليقع العلم بالمبيع والثمن تأمل (قوله على انه بالخيار) أى ثلاثة ايام كما فى الهداية (قوله ان فصل الخ) كقوله بعتك هذين العبدين كل واحد بخمسمائة على انى بالخيار فى هذا ثلاثة ايام (قوله والا يعين ولا يفصل) كقوله بعتك هذين بألف على انى بالخيار فى أحدهما (قوله أو عين فقط) أى عين من فيه الخيار فقط أى ولم يفصل الثمن كقوله بعتك هذين بألف على أنى بالخيار فى هذا (قوله أو فصل فقط) كقوله بعتك هذين بألف كل واحد بخمسمائة على انى بالخيار (قوله لجهالة المبيع والثمن) اى فيما اذا لم يعين ولم يفصل لان الذى فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه فى حق الحكم فكأنه خارج عن البيع والبيع انما هو فى الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لان الثمن لا ينقسم فى مثله على المبيع بالاجزاء كذا فى الفتح (قوله أو أحدهما) أى الثمن فيما اذا عين ولم يفصل او المبيع فيما اذا فصل ولم يعين (قوله الانواع الاربع) اى الصور ط (قوله لم يجز). لانه أمره ببيع لا يزيل الملك بدون رضاه وقد خالف ط (قوله وصح خيار التعيين) اى بأن يقع البيع على واحد لا بعينه بخلاف المسألة السابقة فليست من خيار التعيين لوقوع البيع فيها على العبدين وأما قول الهداية هنا ومن اشترى ثوبين فالمراد أحد ثوبين كما نبه عليه فى العناية وغيرها وفى الفتح المراد أن يشترى أحد ثوبين او ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء على انه بالخيار ثلاثة ايام فيما يعينه بعد تعيينه المبيع أما اذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على انك بالخيار فى ايهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدى وان اشترى أحد أربعة لا يجوز اه وقد استفيد من هذه العبارة امور الاول أن خيار التعيين انما يكون البيع فيه على واحد من اثنين او ثلاثة لا بعينه وهو ما قلناه الثانى انه لا يكون فى واحد من أربعة كما يأتى الثالث أنه لا بد أن يقول بعد قوله بعتك أحد هذين العبدين على انك بالخيار فى أيهما شئت او على أن تأخذ أيهما شئت ليكون نصا فى خيار التعيين وقال فى البحر لانه لو لم يذكر هذه الزيادة يكون فاسدا لجهالة المبيع فان قبضهما وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحد منهما وان مات أحدهما قبل الآخر لزمه قيمة الآخر كذا فى المحيط اه الرابع انه لا بد أيضا من ذكر خيار الشرط بأن يقول على انك بالخيار ثلاثة ايام اى اذا عين واحدا منهما بحكم خيار التعيين يكون له فيه خيار الشرط وهذا الرابع فيه خلاف يأتى (قوله لا فى المثليات) اى التى من جنس واحد بحر (قوله ولو للبائع) صورته أن يقول المشترى اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن تعطينى أحدهما نهر فله أن يلزم المشترى ايهما شاء الا اذا تعيب أحدهما فليس له أن يلزمه المعيب الا برضاه فاذا ألزمه اياه ولم يرض به ليس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك ولو هلك أحدهما فى يده كان له أن يلزمه الباقى وأما اذا كان الخيار للمشترى فالبيع لازم فى احدهما الا أن يكون معه خيار شرط والمبيع مضمون بالثمن وغيره امانة فاذا هلك أحدهما تعين هو مبيعا والآخر أمانة ولو هلكا معا ضمن نصف كل ولو اختلفا فى الهالك أولا فالقول للمشترى بيمينه وبينة البائع اولى ولو تعيبا معا فالخيار بحاله ولو متعاقبا تعين الاول مبيعا ولو باعهما المشترى ثم اختار أحدهما صح بيعه فيه وتمامه فى البحر (قوله لانه قد يرث الخ) جواب من صاحب البحر عما أورده فى الفتح من أن جواز خيار التعيين للحاجة الى اختيار ما هو الاوفق والارفق فيختص بالمشترى لان المبيع كان مع البائع قبل البيع وهو أدرى بما لاءمه منه اه واعترض الحموى الجواب بأن ما ذكر من صورة الارث صورة نادرة والاحكام

لاتناط بنادر قلت وقد يجاب أيضا بأن الانسان مادام المبيع فى ملكه لا يتأمل فيما يلائمه وانما يحتاج الى التأمل بعد البيع وأيضا كثيرا ما يحتاج الى رأى غيره فافهم (قوله ومدته كخيار الشرط) أى ثلاثة ايام ظاهر كلام البحر أن هذا مبنى على القول بأنه يشترط معه خيار الشرط فقد ذكر فى البحر أن شمس الائمة صحح الاشتراط وفخر الاسلام صحح عدمه ورجحه فى الفتح لكن ذكر قاضى خان أن الاشتراط قول الاكثر ثم قال فى البحر واذا لم يذكر خيار الشرط على هذا القول فلا بد من تأقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبأى مدة معلومة كانت عندهما كذا فى الهداية اه لكن قوله على هذا القول ليس فى الهداية والمتبادر من كلام الهداية أن اشتراط التوقيت مبنى على ما صححه فخر الاسلام ويأتى عن الفتح ما يدل عليه ثم اعلم أن اشتراط التوقيت نازع فيه الزيلعى فقال اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضى المدة وفى خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم فى أحدهما قبل مضى الوقت ولا يمكن تعينه بمضى الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك والذى يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه اه وأجاب فى الحواشى السعدية بأن له فائدة هى أن يجبر على التعيين بعد مضى الايام الثلاثة وأقره فى النهر وهو معنى قوله فى الشرنبلالية بل له فائدة هى دفع ضرر البائع لما يلحقه من مطل المشترى التعيين اذا لم يشترط فيفوت على البائع نفعه وتصرفه فيما يملكه اه وأبدى فى البحر فائدة اخرى وهى انه يمكن ارتفاع العقد فيهما اى فى الثوبين مثلا بمضى المدة من غير تعيين بخلاف مضيها فى خيار الشرط فانه اجازة ليكون لكل خيار ما يناسبه اه قلت لكنه لم يستند الى نقل فى ذلك ولو كان كذلك لما خفى على الزيلعى (قوله ولا يشترط معه خيار شرط فى الاصح) غير أنهما ان تراضيا على خيار الشرط فيه ثبت حكمه وهو جواز رد كل من الثوبين الى ثلاثة ايام ولو بعد تعيين الثوب الذى فيه البيع ولو رد أحدهما كان بحكم خيار التعيين ويثبت البيع فى الآخر بخيار الشرط ولو مضت الثلاثة قبل رد شئ وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع فى أحدهما وعليه أن يعين ولو مات المشترى قبل الثلاثة تم بيع احدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه عن ملك غيره على ما ذكرنا وان لم يتراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند ابى حنيفة فتح وتمامه فيه وقوله وان لم يتراضيا الخ معطوف على قوله ان تراضيا وظاهره أن اشتراط توقيت خيار التعيين مبنى على القول بأنه لا يشترط أن يكون مع خيار التعيين خيار الشرط لا على القول بالاشتراط خلافا لما يفيده كلام البحر المار وهو ظاهر لان خيار الشرط موقت فلا حاجة الى توقيت التعيين أيضا (قوله فرضى أحدهما) قال فى البحر ذكر الرضى اذ لورد أحدهما لا يجيزه الآخر ولم أره صريحا ولكن قولهم لورده أحدهما رده معيبا يدل عليه اه (قوله اودلالة) كبيع واعتاق (قوله بعد رؤية الآخر) اى ورضاه به لان مجرد الرؤية لا يوجب تمام البيع ط (قوله لضرر البائع الخ) علة لعدم الرد فى المسائل الثلاث ووجه كون الشركة عيبا انه صار لا يقدر على الانتفاع به الا بطريق المهايأة وتمامه فى الفتح (قوله صفقة واحدة) قيد به اذ لو كان العقد صفقتين فلكل الرد والاجازة مخالفا للآخر رضى المشترى بعيب الشركة كما لا يخفى ط (قوله للبائعين) بدل من قوله لهما (قوله فليس لاحدهما الانفراد اجازة) اى بعد ما رد الآخر وقوله اوردا اى ليس لاحدهما الانفراد ردا بعد ما اجازه الآخر اهح ثم لا يخفى أن التفريع غير ظاهر فكان الاولى أن يقول ولورد أحدهما فى المسألتين لا يجيزه الآخر فليس لاحدهما الخ وهذا ذكره فى البحر بقوله لو باعا ليس لاحدهما الانفراد اجازة اوردا لما فى الخانية اشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على أن البائعين بالخيار فرضى احدهما بالبيع ولم يرض الآخر لزمهما البيع فى قول ابى حنيفة اه وانت خبير بأن ما فى الخانية لا يدل على قوله اوردا فالظاهر أنه بحث منه كما بحث مثله فى المسألة السابقة (قوله مجمع) لم اره فيه ثم قال فى شرحه لابن ملك قيد بالمشتريين لان البائع لو اثنين والمشترى واحدا وفى البيع خيار شرط اوعيب فرد المشترى نصيب احدهما دون الآخر بحكم الخيار جاز اتفاقا كذا فى جامع المحبوبى اه ومثله فى شرح المنظومة وغرر الاذكار ولا يخفى أن هذه المسألة غير ما فى المتن لان هذه فى رد المشترى وتلك فى رضى احد البائعين وهذه وفاقية وتلك خلافية كما مر عن الخانية (قوله بشرط خبزه) اى صريحا اودلالة كما يأتى بيانه وسيأتى آخر الباب بيان

(فيما دون الاربعة) لاندفاع الحاجة بالثلاثة لوجود جيد ورديء ووسط ومدته كخيار الشرط ولا يشترط معه خيار شرط فى الاصح فتح (ولو اشتريا) شيأ على انهما (بالخيار فرضى أحدهما) بالبيع صريحا أو دلالة (لا يرده الآخر) بل بطل خياره خلافا لهما (وكذا) الخلاف (فى خيار الرؤية والعيب) فليس لاحدهما الرد بعد الرؤية أى بعد رؤية الآخر أو رضاه بالعيب خلافا لهما لضرر البائع بعيب الشركة (كما يلزم البيع لو اشترى رجل عبدا من رجلين صفقة) واحدة (على ان الخيار لهما) للبائعين (فرضى أحدهما) دون الآخر) فليس لاحدهما الانفراد اجازة أو ردا خلافا لهما مجمع (اشترى عبدا بشرط خبزه أو كتبه)

الوصف الذى يصح شرطه ومالا يصح (قوله اى حرفته كذلك) لانه لوفعل هذا الفعل أحيانا لايسمى خبازا بحر عن المعراج (قوله بأن لم يوجد الخ) اى ليس المراد النهاية فى الجودة بل أدنى الاسم بأن يفعل من ذلك مايسمى به الفاعل خبازا أوكاتبا لان كل واحد لايعجز فى العادة عن أن يكتب على وجه تتبين حروفه وأن يخبز مقدار مايدفع الهلاك عن نفسه وبذلك لايسمى خبازا ولاكاتبا بحر عن الذخيرة وبه ظهر أن المناسب ابدال قول الشارح اسم الكتابة أوالخبز بقوله اسم الكاتب والخباز ولذا قال فى الفتح اعنى الاسم المشعر بالحرفة (قوله اخذه بكل الثمن) لان الاوصاف لايقابلها شئ من الثمن مالم تكن مقصودة درمنتقى وقصد الوصف بافراده بذكر الثمن كامر فيما لو باع المذروع كل ذراع بكذا (قوله لم يجبر على القبض) لان الاختلاف وقع فى وصف عارض والاصل فيه العدم والقول قول من يدعى الاصل والقول للبائع فى انها بكر لانها صفة أصلية والوجود فيها أصل وتمامه فى البحر (قوله ورجع بالتفاوت) فان كان بقدر العشر رجع بعشر الثمن بحر عن الذخيرة قال ط أى يعتبر التفاوت من الثمن فان هذا البيع صحيح لا نظر فيه للقيمة (قوله فى الاصح) وهو ظاهر الرواية وفى رواية لارجوع بشئ بحر (قوله شاة على انها حامل) قيد بالشاة لان اشتراط الحمل فى الامة فيه تفصيل سيذكره الشارح فى الفروع الآتية (قوله قدرا) بفتح القاف أى يكتب مقدار كذا من الورق أو من الاسطر مثلا (قوله فسد) أى البيع (قوله لانه شرط فاسد) لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها فتح أى لان مافى البطن والضرع لاتعلم حقيقته (قوله جاز) أى على رواية الطحاوى ويفسد على رواية الكرخى شرنبلالية وجزم بالاول فى الفتح والدرر (قوله لانه وصف) الاولى أن يزيد مرغوب لانه ليس كل وصف يصح اشتراطه كما سيذكره فى الضابط آخر الباب (قوله والقول للمنكر الخ) لان الخيار لايثبت الابالشرط فكان من العوارض فيكون القول لمن ينفيه كما فى دعوى الاجل درر (قوله والمضى) أى اذا اختلفا فى مضى المدة فالقول لمنكره لانهما تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى أحدهما السقوط بمضى المدة فالقول للمنكر درر (قوله والاجازة) اى اجازة البيع ممن له الخيار كما اذا ادعى البائع على المشترى بالخيار أنه اجاز البيع وأنكر المشترى فالقول قوله لان البائع يدعى سقوط الخيار ووجوب الثمن وهو ينكر ط (قوله والزيادة) أى اذا اختلفا فى قدر الاجل فالقول لمن يدعى اخصر الوقتين لان الآخر يدعى زيادة شرط عليه وهو ينكر درر وتقدم أول البيوع عند قوله وصح بثمن حال ومؤجل انه لواختلفا فى الاجل أى فى أصله فالقول لنافيه الا فى السلم وسيأتى فى باب خيار العيب مالو اختلفا بعد التقابض فى عدد المبيع أوعدد المقبوض فالقول للمشترى لان القول للقابض مطلقا قدرا أوصفة أوتعيينا فلوجاء ليرده بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشترى فى تعيينه ولو بخيار عيب فللبائع الخ وسيأتى الكلام عليه هنالك وكذا فى آخر خيار الرؤية وبقى ما اذا اختلفا فى تعيين المبيع الذى فيه خيار الشرط عند اجازة من له الخيار العقد وقد ذكره فى البحر فى آخر باب خيار الرؤية عن الظهيرية ثم قال والحاصل أن السلعة لومقبوضة فالقول للمشترى سواء كان الخيار له أو للبائع والا فلو الخيار للمشترى فالقول للبائع وعكسه فالقول للمشترى (تنبيه) اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض أوبعده فقال البائع بكر للحال والمشترى ثيب فان القاضى يريها النساء فان قلن بكر لزم المشترى بلا يمين البائع لان شهادتهن تأيدت هنا بأن الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لانه حق قوى وشهادتهن ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة لتتوجه اليمين على البائع فيحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر فان نكل ردت عليه والالزم المشترى وعنهما فى رواية انها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين البائع ولو قال سلمتها اليك وهى بكر وزالت فى يدك فالقول قوله لان الاصل البكارة ولا يريها القاضى النساء لان البائع مقر بزوال البكارة فتح ملخصا وسنذكر لهذا مزيد تحقيق وبيان فى خيار العيب عند قول الشارح واعلم أن العيوب أنواع وهذا اذا علم انها ثيب بغير الوطء فلو به فلا يردها بل يرجع بالنقصان كما سيأتى هنالك عند قول المصنف اشترى جارية الخ (قوله قائلا بأنها) ضمن قائلا معنى ادعى فعداه بالباء (قوله وجاز للبائع وطؤها) لان المشترى لما ردها رضى بتمليكها من البائع بذلك الثمن فكان للبائع أن يتملكها درر وعلى هذا القصار اذا رد الثوب الآخر على رب الثوب وكذا الاسكافى تتارخانية قلت وهذا اذا لم يعلم أن الثوب المردود ثوب غير القصار (قوله وانعقد بيعا بالتعاطى) أفاد ذلك وجوب الاستبراء

أى حرفته كذلك (فظهر بخلافه) بأن لم يوجد معه أدنى ماينطلق عليه اسم الكتابة او الخبز (أخذه بكل الثمن) ان شاء (أوتركه) لفوات الوصف المرغوب فيه ولو ادعى المشترى انه ليس كذلك لم يجبر على القبض حتى يعلم ذلك وكذا سائر الحرف اختيار ولو امتنع الرد بسبب ما قوم كاتبا وغير كاتب ورجع بالتفاوت فى الاصح (بخلاف شرائه شاة على انها حامل أوتحلب كذا رطلا) أويخبز كذا صاعا أويكتب كذا قدرا فسد لانه شرط فاسد لاوصف حتى لو شرط انها حلوب أولبون جاز لانه وصف (والقول للمنكر) لو اختلفا (فى) شرط (الخيار) على الظاهر (كما فى دعوى الاجل والمضى) والاجازة والزيادة (اشترى جارية بالخيار فرد غيرها) بدلها (قائلا بأنها المشتراة فقال البائع ليست هى) ولا بينة له (فالقول للمشترى) بيمينه (وجاز للبائع وطؤها) درر وانعقد بيعا بالتعاطى فتح وكذا الرد فى الوديعة فليحفظ

مطلب

فيما لو اختلفا فى الخيار أوفى مضيه أوفى الاجل أوفى الاجازة أوفى تعيين المبيع

مطلب

اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا

على البائع ط (قوله ولو قال البائع للمشترى عند ردّه) هـذه المسألة مؤخرة عن موضعها اهـ ح (قوله لكنه نسى عندك) أى وقد نسى فى تلك المدّة بحر وهذا القيد هو محل التوهم اذ لو قصرت المدّة فكذلك بالاولى (قوله لتغير المبيع قبل قبضه) هذا التعليل يناسب مالو نسى بعد العقد أمالو قبله فالعلة كون الوصف مشروطا دلالة قال فى البحر واعلم أنّ اشتراط الوصف المرغوب فيه اما أن يكون صريحا أو دلالة لما فى البدائع فى خيار العيب والجهل بالطبخ والخبز فى الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة الا أن يكون ذلك شرطا فى العقد وان لم يكن مشروطا وكانت تحسن الطبخ والخبز فى يد البائع ثم نسيت فى يده فاشتراها له ردّها لانّ الظاهر انه انما اشتراها رغبة فى تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة وهو كالمشروط نصا اهـ والظاهر أنّ هذا اذا كان المشترى عالما بتلك الصفة لكن يشكل على هذا ما فى الحاوى الزاهدى لو قال أشترى منك هـذه البقرة على انها ذات لبن وقال البائع أنا أبيعها كذلك ثم باشر العقد مرسلا من غير شرط ثم وجدها بخلاف ذلك ليس له الردّ اهـ فان هـذا صريح فى انه لابدّ من ذكر الشرط فى صلب العقد ولا تكفى الدلالة ولعله قول آخر تأمل (قوله أنّ الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) لا ينافيه ما تقدّم من الرجوع بالتفاوت عند التقويم لان ذلك فيما اذا امتنع الردّ اهـ ح أى لدفع ضرر المشترى فهو ضرورى (قوله لا خيار للمشترى) أى خيار فوات الوصف المرغوب لانّ قوله بما فيها لم يذكر على وجـه الشرط وهذا لا ينافى ثبوت خيار الرؤية وثبوت خيار التغرير تامّل ثم رأيت بعض المحشين نقل عن المحيط أن وجه عدم الخيار أنه لم يشترط هذه الاشـياء فى البيع ولم يجعلها صفة للمبيع بل أخبر عن وجودها فيه وانعدام ما ليس بمشروط فى البيع ولا صفة للمبيع لا يوجب الخيار أما قوله بأجذاعها وأبوابها فله الخيار لانه جعلها صفة للدار فالبيع يتناول الموصوف بصفته فاذا لم يجده بتلك الصفة فله الخيار اهـ وأفاد أنه لو ذكر على وجه الشرط يثبت له الخيار الآخر أيضا لما فى جامع الفصولين باع أرضا على أن فيه نخلا او دارا على أن فيه بيوتا ولم يكن فانه يجوز العقد ويخير المشترى أخذه بكل الثمن أو ترك والاصل فيه أن ما يدخل فى العقد بلا شرط اذا شرط وعدم فان العقد يجوز وما لا يدخل بلا شرط اذا شرط ولم يوجد لم يجز اهـ فافهم (قوله شرى دارا الخ) قال فى الفتح واعلم انه اذا شرط فى المبيع ما يجوز اشتراطه ووجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمرّ على الصحة ويثبت للمشترى الخيار وتارة يستمرّ صحيحا ولا خيار للمشترى وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب أجناس اعنى الهروى والاسكندرى والكتّان والقطن والذكر مع الانثى فى بنى آدم جنسان وفى سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت فى الاغراض وعدمه اهـ أى ضابط اختلاف الجنس وعدمه فحش التفاوت فى المقاصد وعدمه (قوله فسد) أى لفحش التفاوت فيكون اختلف الجنس وعنـد اختلاف الجنس لا يعتبر كونه خيرا مما شرطه كالمصبوغ بزعفران ولذا ذكر فى الفتح من أمثلة الفاسد لو اشترى دارا على أن لا بناء ولا نخل فيها فاذا فيها بناء أو نخل أو على انه عبد فاذا هو جارية فافهم نعم علل فى البزازية الفساد فى اشتراط أن لا بناء فيها بانه يحتاج الى النقض ويشكل مسألة الشجرة التى لا تثمر فانه لا يظهر اختلاف الجنس فيها فالظاهر ما فى البزازية باع أرضا على أنّ فيها كذا شجرا مثمرا بثمرها فوجد فيها نخلة لا تثمر فسد لانّ الثمرة لها قسط من الثمن بالذكر وسقط حصة المعدوم ولا يعلم كم الباقى من الثمن فأشبه شراء شاة مذبوحة فاذا اخذها مقطوعة اهـ تأمل (قوله جاز وخير) أى لاتحاد الجنس لكون الذكر والانثى فى غير الآدمى جنسا واحدا وانما خير لكون الانثى فى الحيوانات خيرا من الذكر ففقد فات الوصف المرغوب فيخير قال فى الفتح وكذا على انه ناقة فكان جملا أو لحم معز فكان لحم ضان أو على عكسه فله الخيار اهـ أى لان ذلك جنس واحـد ولذا لم يفرق بينهما فى الزكاة (قوله وبعكسه) بأن اشترى على انه بغل فاذا هو بغلة وكذا على انه حمار أو بعير فاذا هو أتان أو ناقة أو جارية على انها رتقاء أو حبلى أو ثيب فاذا هو بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة أفضل من المشروطة وينبغى فى مسألة البعير والناقة أن يكون فى العرب وأهل البوادى الذين يطلبون الدرّ والنسل أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل فتح وذكر فى باب البيع الفاسد أنّ صاحب الهداية ذكر أنه لو باع عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب خير مع أن صناعة الكتابة أشرف عند الناس وكأن صاحب الهداية من المشايخ الذين لا يفرقون بين كون الصفة التى ظهرت أشرف أولا وذهب آخرون الى أن الخيار فيما اذا كان الموجود أنقص وصحح الاول لفوات غرض المشترى

(ولو قال البائع للمشترى عند ردّه كان يحسن ذلك لكنه نسى عندك فالقول للمشترى) لان الاصل عدم الخبز والكتابة فكان الظاهر شاهدا له (ولو اشتراه من غير اشتراط كتبه وخبزه وكان يحسن ذلك فنسيه فى يد البائع ردّ اليه) لتغير المبيع قبل قبضه زيلعى قال ولو اختار أخذه أخذه بكل الثمن لما مرّ أن الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن (فروع) * باع داره بما فيها من الجذوع والابواب والخشب والنخل فاذا ليس فيها شئ من ذلك لا خيار للمشترى * شرى دارا على أن بناءها بالآجر فاذا هو بلبن أو أرضا على أن شجرها كلها مثمر فاذا واحدة منها لا تثمر أو ثوبا على انه مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران فسد ولو على انها بغلة مثلا فاذا هو بغل جاز وخير وبعكسه جاز بلا خيار

بخلاف ماإذا اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم فلا خيار له لان الاستخدام لا يتفاوت بين مسلم وكافر بخلاف تعين الخبز أو الكتابة فانه يفيد أن حاجته هذا الوصف اهـ ملخصا ومفاده تصحيح ثبوت الخيار وان ظهر الوصف أفضل من المشروط الا اذا لم يحصل التفاوت بين الوصفين فى الغرض المقصود للمشترى كالعبد المسلم والكافر (قوله فليحفظ الضابط) هو ماقدمناه أولا عن الفتح (قوله البيع لا يبطل بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا) هى شرط رهن معلوم باشارة أو تسمية فان أعطاه الرهن فى المجلس جاز استحسانا وشرط كفيل حاضر أو غائب وحضر قبل الافتراق وكفل فلو غائبا وكفل حين علم فسد وشرط احالة المشترى للبائع على غيره بالثمن استحسانا وفسد لو على أن يحيل البائع بالثمن على المشترى وشرط اشهاد على البيع وشرط خيار الشرط الى ثلاثة أيام وشرط نقد على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وشرط تأجيل الثمن الى أجل معلوم وشرط البراءة من العيوب ويبرأ البائع من كل عيب وشرط قطع الثمار المبيعة أى على المشترى فانه يقتضيه العقد تفريغا لملك البائع عن ملكه وشرط تركها على النخيل بعد ادراكها على المفتى به وشرط وصف مرغوب فيه كمامر وشرط عدم تسليم المبيع حتى يسلم الثمن وشرط ردّه بعيب وجد فيه وشرط كون الطريق لغير المشترى وشرط عدم خروج المبيع عن ملكه فى غير الآدمى أما لو اشترى عبدا على أن لا يبيعه أو لا يخرجه عن ملكه فسد وشرط اطعام المشترى المبيع الا اذا عين ما يطعم الآدمى كأن شرط أن يطعم العبد المبيع خبيصا فيفسد وشرط حمل الجارية على التفصيل الذى ذكره الشارح بعد وشرط كونها مغنية لانه عيب شرعا فيكون براءة من العيب فان لم يجدها مغنية فلا خيار له لانه وجدها سالمة من العيب وان شرط المشترى ذلك على وجه الرغبة فسد البيع لشرطه ما هو محرّم ونظيره ما فى البزازية لو شراه على انه فحل فاذا هو خصى له الرد ولو عكس قال الامام الخصاء فى العبد عيب فاذا بان فحلا صار كانه شرط العيب فبان سليما وقال الثانى الخصى أفضل لرغبة الناس فيه فيخير اهـ وجزم فى الفتح بقول الثانى ومقتضاه جريان ذلك فى الامة المغنية وشرط كون البقرة حلوبا وشرط كون الفرس هملاجا بكسر الهاء أى سهل السير بسرعة وشرط كون الجارية ما ولدت فلو ظهر أنها كانت ولدت له الردّ قلت وظاهره انه لا يردّ بدون هذا الشرط مع انه ذكر فى البزازية انه لو قبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لا من البائع وهو لم يعلم فهو عيب مطلقا لان التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفى رواية ان نقصتها الولادة عيب وفى البهائم ليس بعيب الا ان نقصها وعليه الفتوى وشرط ايفاء الثمن فى بلد آخر وهذا لو كان الثمن مؤجلا الى شهر مثلا فالبيع جائز والشرط باطل الا أن يكون له مؤنة فيتعين أما لو غير مؤجل فالبيع فاسد لانه يصير أجلا مجهولا وشرط الحمل الى منزل المشترى فيماله حمل لو بالفارسية أما فى العربية فانه يفرق فيها بين الايفاء والحمل والعقد يقتضى الاوّل لا الثانى فيفسد البيع وشرط حذو النعل وشرط خرز الخف وشرط جعل رقعة على ثوب اشتراه من خلقانى وشرط كون الثوب سداسيا فاذا وجده خماسيا أخذه بكل الثمن أو ترك لانه اختلاف نوع لا جنس فلا يفسد وشرط كون السويق ملتوتا بمنّ سمن وشرط كون الصابون متخذا من كذا جرّة من الزيت ففيهما لو كان ينظر الى المبيع وقبضه ثم ظهر أنه متخذ من أقل مما ذكر من السمن او الزيت جاز البيع بلا خيار لانّ هذا مما يعرف بالعيان فاذا عاينه انتفى الغرر ومثله ما لو اشترى قميصا على انه متخذ من عشرة أذرع وهو ينظر اليه فظهر من تسعة جاز بلا خيار قلت ويشكل عليه مسألة السداسى على أنّ كونه مما يعرف بالعيان غير ظاهر الا اذا فحش التفاوت وشرط بيع العبد الا اذا قال من فلان بأن قال بعتك العبد على أن تبيعه من فلان فانه يفسد لانّ له طلبا وشرط جعلها بيعة والمشترى ذمى بأن اشترى دارا من مسلم على أن يتخذها بيعة جاز البيع وبطل الشرط وكذا بيع العصير على أن يتخذه خمرا وانما جاز لانّ هذا الشرط لا يخرجها عن ملك المشترى ولا مطالب له بخلاف اشتراط أن يجعلها المسلم مسجدا فانه يخرج عن ملكه الى الله تعالى وكذا بشرط أن يجعلها ساقية أو مقبرة للمسلمين أو أن يتصدق بالطعام على الفقراء فانه يفسد وشرط رضى الجيران بأن اشترى دارا على انه ان رضى الجيران أخذها قال الصفار لا يجوز وقال أبو الليث ان سمى الجيران وقال الى ثلاثة أيام جاز اهـ ط ملخصا مع بعض زيادة (قوله شرط انها مغنية) هذه والتى بعدها تقدّمتا فى مسائل الاشباه (قوله ولو شرط حبلها) أى الامة بخلاف الشاة فانه مفسد كما قدّمه المصنف لانّ الولد زيادة مرغوبة وانها موهومة لا يدرى وجودها فلا يجوز

مطلب
البيع لا يبطل بالشرط فى ٣٢

لكونه على صفة خير من المشروط مجتبى فليحفظ الضابط
البيع لا يبطل بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا مذكورة فى الاشباه * شرط انها مغنية ان للتبرى لا يفسد وان للرغبة فسد بدائع ولو شرط حبلها ان الشرط من المشترى فسد وان من البائع جاز لان حبلها عيب فذكره للبراءة منه حتى لو كان فى بلد يرغبون فى شراء الاماء للاولاد فسد خانية ولو شرط انها ذات لبن

خانية (قوله على الاكثر) أى على قول أكثر الفقهاء (قوله لا ما فيه غرر) كبيع الشاة على انها حامل (قوله الا أن لا يرغب فيه) لان اشتراطه يكون بمعنى البراءة من وجوده كما فى حبل الامة (قوله ما يعرف بالعيان) كمسألة السويق والصابون كما مرّ فى مسائل الاشباه (قوله انتفى الغرر) فليس له أن يردّه اذا ظهر بخلاف ما اشترط والله سبحانه أعلم

(باب خيار الرؤية)

قدّمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذاك يمنع لزومه واللزوم بعد التمام والردّ بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ولا يحتاج الى قضاء ولا رضى البائع وينفسخ بقوله رددت الا انه لا يصح الردّ الا بعلم البائع خلافا للثانى وهو يثبت حكما لا بالشرط ولا يتوقت ولا يمنع وقوع الملك للمشترى حتى لو تصرّف فيه جاز تصرّفه وبطل خياره ولزمه الثمن وكذا لو هلك فى يده أو صار الى حال لا يملك فسخه بطل خياره كذا فى السراج بحر (قوله من اضافة المسبب الى السبب) الذى ذكره فى الفتح والبحر أن الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية اه (قوله ظاهر) كذا فى أغلب النسخ ولا يناسبه التعليل بعده وفى بعض النسخ ظاهر البطلان وفى بعضها غير ظاهر وبه عبر فى الدرّ المنتقى وعزاه مع التعليل بعده الى البهنسى (قوله لما سيجىء الخ) يعنى والشئ لا يثبت قبل شرطه وفيه أن هذا يرد أيضا على ما ذكره لان المسبب لا يتقدّم على سببه وسيأتى جوابه قريبا وهو أنه بسبب آخر وبيانه كما قال ح أن حق الفسخ قبلها ليس من نتائج ثبوت الخيار له بل بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع منبرما لخيار فسخه لضعف فيه كما حققه فى العناية وسيذكره الشارح اه (قوله فى أربعة مواضع) أى لا غيرها كما فى الفتح (قوله الشراء للاعيان) أى اللازم تعيينها ولا تثبت دينا فى الذمّة والمراد الشراء الصحيح لما فى البحر عن جامع الفصولين أن خيار الرؤية وخيار العيب لا يثبتان فى البيع الفاسد اه أى لوجوب فسخه بدونهما (قوله والقسمة) فى الشرنبلالية عن العيون أن قسمة الاجناس المختلفة يثبت فيها الخيارات الثلاث خيار الشرط والعيب والرؤية وقسمة ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات يثبت فيها خيار العيب فقط وقسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم يثبت فيها خيار العيب وكذا الشرط والرؤية على رواية أبى سليمان وهو الصحيح وعليه الفتوى وعلى رواية أبى حفص لا اه (قوله فليس فى ديون ونقود) فى بعض النسخ فى ديون النقود وفى بعضها فى دين العقود والاولى أولى وعطف النقود على الديون من عطف الخاص على العام قال فى الفتح وعرف من هذا أى قصره على المواضع الاربعة أنه لا يكون فى الديون فلا يكون فى المسلم فيه ولا فى الاثمان الخالصة أى كالدراهم والدنانير بخلاف ما اذا كان المبيع اناء من احد النقدين فان فيه الخيار اه قال فى البحر وأما رأس مال السلم اذا كان عينا فانه يثبت الخيار فيه للمسلم اليه (قوله وعقود لا تنفسخ) قال فى الفتح ومحله كل ما كان فى عقد ينفسخ بالفسخ لا فيما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الردّ لما لم يوجب الانفساخ بقى العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يردّه كان له أن يردّه أبدا (قوله لما لم يرياه) أى العاقدان قال فى البحر أراد بما لم يره ما لم يره وقت العقد ولا قبله والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من أفراد المعنى المجازى فيشمل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا وما اشتراه الاعمى وفى القنية اشترى ما يذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره اه (قوله أى المبيع) أى الذى لم يرياه بأن كان مستورا (قوله فلو لم يشر الى ذلك الخ) عبارة الفتح هكذا وفى المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز فلو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضى جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أولا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستور أولا مثل أن يقول بعت منك ما فى كمى بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلا كأن يقول بعتك شيأ بعشرة اه كلام الفتح وحاصله التوفيق بين ما قاله عامة المشايخ وما قاله بعضهم بحمل اطلاق الجواب على ما قاله شمس الائمة وغيره من لزوم

جاز على الاكثر قلت والضابط للاوصاف أن كل وصف لا غرر فيه فاشتراطه جائز لا ما فيه غرر الا أن لا يرغب فيه وفى الخانية فى فصل الشروط المفسدة متى عاين ما يعرف بالعيان انتفى الغرر

(باب خيار الرؤية)

من اضافة المسبب الى السبب وما قيل من اضافة الشئ الى شرطه ظاهر لما سيجىء أن له الردّ قبل الرؤية (هو يثبت فى) أربعة مواضع (الشراء) للاعيان (والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على شئ بعينه) لان كلا منها معاوضة فليس فى ديون ونقود وعقود لا تنفسخ بالفسخ خيار الرؤية فتح (صح الشراء والبيع لما لم يرياه والاشارة اليه) أى المبيع (أو الى مكانه شرط الجواز) فلو لم يشر الى ذلك لم يجز اجماعا فتح وبحر

الاشارة اليه أو الى مكانه اذ لا يصح بيع ما لم يعلم بجنسه أصلا أى لا بوصف ولا باشارة ولذا قال صاحب النهاية يعنى شيأ مسمى موصوفا أو مشارا اليه أو الى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم اهـ فأفاد أن لزوم الاشارة عند عدم تسمية الجنس والوصف فالتسمية كافية عن الاشارة حتى لو قال بعتك كر حنطة بلدية بكذا والكر فى ملكه من نوع واحد فى موضع واحد جاز البيع وكذا الاضافة فى مثل بعتك عبدى وليس له غيره وذكر الحدود فى مثل بعتك الارض الفلانية والمدار على نفى الجهالة الفاحشة ليصح البيع كما حققناه ذلك بما لا مزيد عليه أول البيوع عند قوله وشرط لصحته معرفة قدر مبيع وثمن فتذكره بالمراجعة فانه ينفعك هنا وبهذا التقرير سقط ما فى الحواشى السعدية من قوله أقول فى كون الاشارة الى المبيع أو الى مكانه شرط الجواز سيما بالاجماع كلام فليتأمل اهـ لما علمت من أن الاشارة ليست شرطا دائما بل عند عدم معرف آخر رفع الجهالة فافهم (قوله وفى حاشية أخى زاده) أى حاشيته على صدر الشريعة قال فى المنح وفى حاشية أخى زاده ذكر هذا البحث ثم قال وقال عامة مشايخنا اطلاق الجواب يدل على جوازه وهو الاصح وقال بعضهم لا يجوز وصحح يؤيده ما فى جامع الفصولين من الفصل الثالث يشترط كون المبيع حاضرا موجودا مهيأ مقدور التسليم وما فى المبسوط من أن الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه أو الى مكانه لا يجوز بالاجماع اهـ وفى العناية قال القدورى من اشترى شيأ لم يره فالبيع جائز معناه أن يقول بعتك الثوب الذى فى كمى هذا أو هذه الجارية المتنقبة وكذلك العين الغائب المشار الى مكانه وليس فى ذلك المكان بذلك الاسم غيره ما سمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا فى عين هى بحالة لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اهـ ما فى المنح ملخصا ولا يخفى أن حاصله تقييد اطلاق الجواب بما قاله فى المبسوط وغيره كما مر عن فتح القدير وهو محمل اطلاق المتون كعبارة القدورى المذكورة (قوله أى للمشترى) كان ينبغى للمصنف التصريح به لانه لم يتقدم له ذكر مع ايهام عود الضمير للبائع وان كان يرتفع بقوله الآتى ولا خيار لبائع (قوله اذا رآه) أى علم به كما قدمناه (قوله الا اذا حمله البائع الخ) فى البحر عن جامع الفصولين شراه وحمله البائع الى بيت المشترى فرآه ليس له الرد لانه لو رده يحتاج الى الحمل فيصير هذا كعيب حدث عند المشترى ومؤنة رد المبيع بعيب أو بخيار شرط أو رؤية على المشترى ولو شرى متاعا وحمله الى موضع فله رده بعيب أو رؤية لو رده الى موضع العقد والا فلا اهـ وظاهره انه انما يرده لو رده الى موضع العقد فيما لو حمله المشترى بخلاف البائع وهو خلاف ما نقله الشارح عن الاشباه والذى يظهر عدم الفرق وأن ما ذكر من قوله لانه لو رده الخ غير ظاهر لانه لا يناسبه قوله بعده ومؤنة الرد على المشترى فافهم ثم رأيت صاحب نور العين اعترض التعليل المذكور بما ذكرته ثم انه يستفاد من كلام الفصولين أن ما أنفقه البائع على تحميله الى منزل المشترى لا يلزم المشترى اذا رده عليه المبيع الى محل العقد لان البائع متبرع بما أنفقه لان الواجب عليه التسليم فى محل العقد دون التحميل وبه يظهر جواب حادثة الفتوى اشترى حديدا لم يره وشرط على البائع تحميله الى بلدة المشترى ثم رآه فلم يرض به وأراد فسخ البيع بخيار الرؤية أو بفساد العقد بسبب الشرط المذكور والجواب انه يلزمه تحميله الى بلدة البائع ليرده عليه وان كان الرد بسبب الفساد لما صرح به فى جامع الفصولين أيضا من أن مؤنة رد المبيع فاسدا بعد الفسخ على القابض (قوله وان رضى بالقول قبله) قيد بالقول لانه لو أجازه بالفعل بأن تصرف فيه يزول خياره كما فى الشرنبلالية عن شرح المجمع (قوله أى قبل أن يراه) أشار الى أن الضمير المذكور فى قبله عائد الى المعنى المصدرى لا الى لفظ الرؤية المفهوم من قوله اذا رآه لانه مؤنث تأمل وأجاب فى البحر بأنه ذكر الضمير للمعنى أى لان المراد من الرؤية العلم كما مر (قوله لان خياره معلق بالرؤية بالنص) أى بحديث من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه قال فى الدرر وفيه أن هذا استدلال بمفهوم الشرط ونحن لا نقول به اهـ قلت وجوابه أن الاصل فى العقد اللزوم فلا يثبت الخيار الا بدليله والنص انما أثبته عند الرؤية فيبقى ما وراءها على الاصل فالحكم ثابت بدليل الاصل لا بمفهوم هذا الشرط وهذا معنى قول الشارح ولا وجود للمعلق قبل الشرط وقال فى الفتح والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت اهـ أى اذا كان الخيار معلقا بالرؤية كان عدما قبلها فلا يصح اسقاطه بالرضى فافهم (قوله لعدم لزوم البيع) بيان للفرق بين الفسخ والاجازة فانها غير لازمة قبل الرؤية وهو لازم مع استوائهما فى التعلق بالشرط

وفى حاشية أخى زاده الاصح الجواز (قوله) أى للمشترى (أن يرده اذا رآه) الا اذا حمله البائع لبيت المشترى فلا يرده اذا رآه الا اذا أعاده الى البائع أشباه (وان رضى) بالقول (قبله) أى قبل أن يراه لان خياره معلق بالرؤية بالنص ولا وجود للمعلق قبل الشرط (ولو فسخه قبلها) قبل الرؤية (صح) فسخه (فى الاصح) بحر لعدم لزوم البيع بسبب جهالة المبيع فلم يقع منبرما

(ويثبت الخيار) للرؤية (مطلقا غير موقت) بمدة هو الاصح عناية لاطلاق النص مالم يوجد مبطله وهو مبطل خيار الشرط مطلقا ومفيد الرضى بعد الرؤية لاقبلها درر فله الاخذ بالشفعة ثم ردّ الاول بالرؤية درر من خيار الشرط فليحفظ (ويشترط للفسخ علم البائع) بالفسخ خوف الغرر (ولا خيار للبائع مالم يره) فى الاصح (وكفى رؤية مايؤذن بالمقصود

فى الحديث المار وذلك أنّ الفسخ لمسبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد ومالا يلزم فللمشترى فسخه ولم يثبت للاجازة سبب آخر فبقيت على العدم وحاصله انه غير لازم قبل الرؤية لجهالة المبيع واذا رآه حدث له سبب آخر لعدم لزومه وهو الرؤية ولا مانع من اجتماع الاسباب على مسبب واحد أفاده فى البحر (قوله غير موقت بمدة) تفسير للاطلاق (قوله هو الاصح) وقيل موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره بحر (قوله وهو مبطل خيار الشرط) كتعيب فى يده وتعذر ردّ بعضه وتصرّف لا يفسخ كالاعتاق وتوابعه أو يوجب حقا للغير كالبيع المطلق أى عن شرط الخيار للبائع والرهن والاجارة قبل الرؤية وبعدها ومالا يوجب حقا للغير كالبيع بخيار أى للبائع والمساومة والهبة بلا تسليم بطل بعدها لاقبلها ملتقى وفى جامع الفصولين باع بخيار لا يبطل به خيار الرؤية الا فى رواية وبخيار المشترى يبطل وكذا لو باع بيعا فاسدا وهلك بعض المبيع عند المشترى بطل خياره لانّ خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة فاذا تعذر ردّ بعضه بهلاك أو عيب بطل خياره ولو عرض بعضه بعد الرؤية على البيع أو قال رضيت ببعضه بطل خياره وكذا خيار العيب وكذا لو رآه فقبضه رسوله اه قال فى نور العين ومسألة عرض بعضه على البيع ليست وفاقية لما فى الخانية لو عرض بعضه على البيع بعد الرؤية بطل خياره عند محمد لا عند أبى يوسف اه قلت صاحب الخانية يقدم الاشهر فتدبر (قوله مطلقا) أى قبل الرؤية وبعدها كما علمت (قوله ومفيد الرضى) نقل لعبارة الدرر بالمعنى لانه قال ويبطله مالا يوجب حق الغير كالبيع بالخيار والمساومة والهبة بلا تسليم بعد الرؤية لاقبلها لانّ هذه التصرّفات لا تزيد على صريح الرضى وهو انما يبطله بعد الرؤية وأما التصرّفات الاولى فهى أقوى لانّ بعضها لا يقبل الفسخ وبعضها أوجب حق الغير فلا يملك ابطاله اه ثم اعلم انه فى الكنز اقتصر على قوله ويبطل بما يبطل به خيار الشرط فأورد عليه فى البحر الاخذ بالشفعة والعرض على البيع والبيع بخيار للبائع والاجارة والاسكان بلا أجر والرضى بالمبيع قبل الرؤية فانها تبطل خيار الشرط دون خيار الرؤية اه لكن الصواب اسقاط قوله والاجارة فانها توجب حقا للغير وقد علمت أنّ مسألة العرض خلافية ثم ان ما أورده فى البحر احترز عنه الشارح بقوله ومفيد الرضى بعد الرؤية لاقبلها فانّ هذه الاشياء لا تبطل خيار الرؤية قبل الرؤية لانها تفيد الرضى وصريح الرضى قبلها لا يبطله فلذا قال بعد الرؤية لاقبلها لكن يبقى ايراد البحر واردا على قوله وهو مبطل خيار الشرط مطلقا فانّ هذه الاشياء تبطل خيار الشرط فيتوهم انها تبطل خيار الرؤية قبلها وبعدها مع انها لا تبطله قبلها لما علمت ولا يفيد قوله ومفيد الرضى الخ لانّ بعض ما يبطل خيار الشرط يفيد الرضى كالعتق والبيع ونحوهما من التصرّفات ويبطل خيار الرؤية قبلها وبعدها (تنبيه) عدّ فى البحر مما يبطل خيار الرؤية قبض المبيع ونقد الثمن بعد الرؤية زاد فى جامع الفصولين وكذا لو رآه فقبضه رسوله اه وحمله الى بيت المشترى فاذا رآه ليس له ردّه مالم يردّه الى موضع العقد كما مرّ بيانه وكذا لو اشترى أرضا لم يرها وأعارها فزرعها المستعير وكذا لو شرى عدل ثياب فلبس واحدا بطل خياره فى الكل اه (قوله فله الاخذ بالشفعة الخ) تفريع على قوله لاقبلها أى اذا كان مفيد الرضى لا يبطل خيار الرؤية قبل الرؤية فلو شرى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها فله أخذ الثانية بالشفعة ولا يبطل خياره فى الاولى حتى اذا رآها ولم يرض بها فله ردّها بخيار الرؤية (قوله درر من خيار الشرط) وكذا ذكره الشارح هناك عن المعراج بقوله بخلاف خيار رؤية وعيب (تنبيه) انما عزا ذلك الى الدرر من خيار الشرط مع انه فى الدرر ذكره فى هذا الباب متنا بقوله كذا طلب الشفعة بما لم يره لانه جعله مبطلا لخيار الرؤية قبل الرؤية وهو غير صحيح (قوله خوف الغرر) أى غرر البائع بسبب اعتماده على شرائه فلا يطلب لسلعته مشتريا آخر ط (قوله ولا خيار لبائع مالم يره فى الاصح) بأن ورث عينا فباعها لا خيار له بالاجماع السكوتى درمنتقى أى وقع الحكم به بحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم يرو عن أحد منهم خلافه فكان اجماعا سكوتيا كما بسطه فى الفتح وهو قول الامام المرجوع اليه كما فى البحر وبه ظهر أنّ قوله فى الاصح لا محل له لايهامه أنّ مقابله صحيح مع أن ما رجع عنه المجتهد لم يبق قولا له لانه فى حكم المنسوخ (قوله وكفى روية مايؤذن بالمقصود) لانّ رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود هداية والمراد أنّ رؤية ذلك قبل الشراء كافية فى سقوط خياره بعده لانه قد اشترى ما رآى فلا خيار له وليس المراد أنه لو اشترى قبل الرؤية ثم رآى ذلك يسقط خياره كما توهمه بعض الطلبة فاستشكله بأنّ خيار

الرؤية غير موقت وانه اذا رآه بعد الشراء لا يسقط الا بقول أو فعل يدل على الرضى فكيف يسقط بمجرد رؤيته ما يؤذن بالمقصود أفاده في النهر ويشير اليه الشارح ولا شك انه توهم ساقط والالزم أن لا يثبت خيار الرؤية بعد الشراء الا قبل الرؤية بعده ولا قائل به مع أن الرؤية بعد الشراء شرط ثبوت الخيار على مامر (قوله كوجه صبرة) المراد بها ما لا تتفاوت آحاده قال في الفتح فان دخل في البيع أشياء فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج فيكتفي برؤية واحد منها في سقوط الخيار الا اذا كان الباقي أردى مما رآى فحينئذ يكون له الخيار أي خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع وعلل في الكافي بأنه انما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها ومفاده انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف أي صاحب الهداية والتحقيق انه خيار عيب اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان لا يوصله الى اسم المعيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم أراه المبيع في الحال اهـ وأقره في البحر والحاصل انه اذا كان الباقي أردى مما رآى لا تكفي رؤية بعضه أي لا يسقط بها الخيار مطلقا وانما يسقط بها خيار الرؤية فقط ويبقى خيار العيب على ما في الينابيع أو يبقى معها خيار الرؤية على ما في الكافي والتحقيق التفصيل وهو أنه ان كان الباقي معيبا يبقى الخياران والا فخيار الرؤية فقط وبهذا التقرير سقط ما في النهر حيث قال وعندي أن ما في الكافي هو التحقيق وذلك أن هذه الرؤية اذا لم تكن كافية فما الذي أسقط خيار رؤيته حتى انتقل منه الى خيار العيب فتدبره اهـ وهذا اعتراض على ما في الينابيع والجواب انها قد أسقطت خيار الرؤية وانما لم تكن كافية في لزوم المبيع لانه يبقى معها خيار العيب كما قررنا به كلام الينابيع وعلمت ما هو التحقيق ثم قال في الفتح ثم السقوط برؤية البعض اذا كان في وعاء واحد فلو في أكثر فقيل كذلك وقيل لا بد من رؤية كل وعاء والصحيح الاول لان رؤية البعض تعرف حال الباقي هذا اذا ظهر أن ما في الوعاء الآخر مثله أو أجود فلو أردى فهو على خياره اهـ (تنبيه) قال في جامع الفصولين فان قال المشتري لم أجد الباقي على تلك الصفة وقال البائع هو على تلك الصفة فالقول للبائع والبينة للمشتري اهـ ومثله في الخانية ولا يخفى أن هذا اذا هلك النموذج الذي رآه وادعى المشتري مخالفة الباقي له أما لو كان موجودا فانه يعرض على من له خبرة بذلك فيتضح الحال لكن بقي شيء وهو أن هذا انما يظهر لو كان المبيع حاضرا مستورا بكيس أو نحوه أما لو كان غائبا وأحضر له البائع النموذج وهلك ثم أحضر له الباقي فادعى المشتري انه ليس على الصفة التي رآها في النموذج فينبغي أن يكون القول للمشتري لانه منكر ضمنا كون ذلك هو المبيع بخلاف ما اذا كان حاضرا لاتفاقهما على أنه المبيع وانما الاختلاف في الصفة وبهذا ظهر أن ما بحثه الخير الرملي في حواشيه على الفصولين من أنه لو هلك النموذج فالقول للمشتري لانكاره كون الباقي هو المبيع ضمنا محمول على ما لو كان غائبا كما قلنا والا خالفه صريح المنقول كما علمت فاغتنم هذا التحرير (قوله ورقيق) أي ووجه رقيق أو أكثر كما في السراج عبدا كان أو أمة لان سائر الاعضاء في العبيد والاماء تبع للوجه ولذا تفاوتت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي الاعضاء ودل كلامه انه لو نظر لسائر أعضائه غير الوجه لا يسقط خياره وبه صرح في السراج نهر ولا تشترط رؤية الكفين واللسان والاسنان والشعر عندنا بحر (قوله تركب) احتراز عن شاة اللحم أو القنية والبقرة الحلوب أو الناقة كما في النهر ويأتي حكمها (قوله وكفلها) أي مع كفلها بفتحتين بمعنى العجز وأفاد أن رؤية القوائم غير شرط وهو الصحيح نهر (قوله في الاصح) هو قول أبي يوسف واكتفى محمد برؤية الوجه نهر (قوله وظاهر ثوب مطوى الخ) لان البادي يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه الا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤيتهما أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر فتح وبحر قلت ومقتضى التعليل الاخير أنه لو لم يختلف سقط الخيار الا اذا ظهر باطنه اردى من ظاهره فله الخيار على ما مر وبقي شيء لم أر من نبه عليه وهو ما لو كان المبيع أثوابا متعددة وهي من نمط واحد لا تختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد ويظهر لي انه يكفي رؤية ثوب منها الا اذا ظهر الباقي أردى وذلك لانها تباع بالنموذج في عادة التجار فاذا كانت ألوانا مختلفة ينظرون من كل لون الى ثوب واحد بل قد يقطعون من كل لون قطعة قدر الاصبع ويلصقون القطع

كوجه صبرة ورقيق (و) وجه (دابة) تركب (وكفلها) أيضا في الاصح (و) رؤية (ظاهر ثوب مطوى)

في ورقة فيعلم حال جميع الاثواب برؤية هذه الورقة ويكون طول الثوب وعرضه معلوما فاذا وجدت الاثواب كلها على الحال المرئي والمعلوم بلا تفاوت بينها ينبغي أن يسقط خيار الرؤية لانها حينئذ تكون بمنزلة العددي المتقارب كالجوز والبيض اذ لاشك انه قد يحصل تفاوت بين جوزة وجوزة ولكنه يسير لا ينقص الثمن فاذا كان نوع من الثياب على هذا الوجه لا يختلف ثوب منها عن ثوب اختلافا ينقص الثمن عادة كان كذلك ولاسيما اذا كانت الثياب من سدى واحد لانه داخل تحت قول الهداية وغيرها انه يكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود وفي الزيلعي لو كان اشياء لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية بعضه لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباقي الا اذا كان الباقي أردى فله الخيار فيه وفيما رأى وان كان آحاده تتفاوت وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد من أفراده لانه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت اهـ أي للتفاوت الفاحش بين عبد وعبد وثوب وثوب لكنه جعل المناط في الفرق تفاوت الآحاد وعدمه وعرضه في العرف بالنموذج وعدمه فيدل على انه لو كان نوع من الثياب لا تتفاوت آحاده ويعرض بالنموذج في العادة كما قلنا فهو في حكم المكيل والموزون وذكر في الهداية انه يجوز السلم في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة لا في الحيوان لان فيه تفاوتا فاحشا في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد اهـ ومراده انهما يتفاوتان قليلا كما في الفتح اي بحيث لا يعتبر عادة ولا يفضي الى المنازعة فقد اغتفروا التفاوت اليسير في السلم الوارد على خلاف القياس لانه بيع معدوم فينبغي أن يقال هنا كذلك ولهذا اكتفي في العددي المتقارب برؤية البعض في الصحيح خلافا للكرخي هذا ما ظهر لي بحثا (قوله وقال زفر الخ) قال في النهر قيل هذا قول زفر وهو الصحيح وعليه الفتوى واكتفى الثلاثة برؤية خارجها وكذا برؤية صحنها والاصح أن هذا بناء على عادتهم في الكوفة او بغداد فان دورهم لم تكن متفاوتة الا في الكبر والصغر وكونها جديدة اولا فأما في ديارنا فهي متفاوتة قال الشارح الزيلعي لان بيوت الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها مختلفة فلا بد من رؤية ذلك كله في الاظهر وفي الفتح وهذا هو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق وبهذا عرف أن كون ما في الكتاب قول زفر كما ظنه بعضهم غير واقع موقعه لانه كان في زمنهم ولم يكتف برؤية الخارج فكان مذهبه عدم الاكتفاء به مطلقا اهـ كلام النهر وحاصله أن ائمتنا الثلاثة اكتفوا برؤية خارج البيوت وصحن الدار لكونها غير متفاوتة في زمنهم وزفر كان في زمنهم وقد خالفهم فعلم انه قائل باشتراط رؤية داخلها وان لم تتفاوت وهذا خلاف ما صححوه من اشتراط رؤية داخلها في ديارنا لتفاوتها فيكون اختلاف عصر وزمان أما خلاف زفر فهو اختلاف حجة وبرهان لا اختلاف عصر وزمان (قوله ومثله الكرم والبستان) فلا بد في البستان من رؤية ظاهره وباطنه وفي الكرم لا بد من رؤية العنب من كل نوع شيأ وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض وفي الثمار على رؤس الاشجار تعتبر رؤية جميعها بخلاف الموضوعة على الارض بحر وذكر في فصل ما يدخل في البيع تبعا اشترى الثمار على رؤس الاشجار فرأى من كل شجرة بعضها يثبت له خيار الرؤية اهـ وهذا ينافي ما ذكره في الكرم ولعله يفرق بين ما اذا اشترى الشجر بثمره فيكتفي أن يرى من كل نوع شيأ وبين ما اذا اشترى الثمر مقصودا فتأمل (قوله شاة قنية) هي التي تحبس في البيوت لاجل النتاج من اقتنيته اتخذته لنفسي قنية اي للنسل لا للتجارة بحر فقوله للدر والنسل تفسير لها (قوله مع ضرعها) قال في البحر بعد عزوه للظهيرية فليحفظ فان في بعض العبارات ما يوهم الاقتصار على رؤية ضرعها اهـ لكن في النهر الظاهر أنه لو اقتصر عليه كفاه كما جزم به غير واحد (قوله وشم مشموم) وفي دفوف المغازي لا بد من سماع صوتها لان العلم بالشئ يقع باستعمال آلة ادراكه ولا يسقط خياره حتى يدركه زيلعي (قوله لوجود الحائل) فهو لم ير الدهن حقيقة وفي التحفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في ماء يمكن اخذه بلا اصطياد فرآه فيه قيل يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقيل لا لانه لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما كان فهذه الرؤية لا تعرف المبيع بحر (قوله وكفى رؤية وكيل قبض وشراء) فلا خيار له ولا لموكله وهذا لو بشراء شئ لا بعينه ففي المعين ليس للوكيل خيار رؤية واذا اشترى ما رآه موكله ولم يعلم به الوكيل فله الخيار اذا لم يره كما في جامع

وقال زفر لا بد من نشره كله وهو المختار كما في اكثر المعتبرات قاله المصنف (وداخل دار) وقال زفر لا بد من رؤية داخل البيوت وهو الصحيح وعليه الفتوى جوهرة وهذا اختلاف زمان لا برهان ومثله الكرم والبستان (و) كفى (جس شاة لحم ونظر) جميع جسد (شاة قنية) للدر والنسل مع ضرعها ظهيرية وضرع بقرة حلوب وناقة لانه المقصود جوهرة (و) كفى (ذوق مطعوم) وشم مشموم (لا خارج دار وصحنها) على المفتى به كما مر (أو رؤية دهن في زجاج) لوجود الحائل (وكفى رؤية وكيل قبض و) وكيل (شراء)

لارؤية رسول) المشترى وبيانه فى الدرر (وصح عقد الاعمى) ولو لغيره وهو كالبصير الا فى اثنتى عشرة مسألة مذكورة فى الاشباه (وسقط خياره بجس مبيع وشمه وذوقه) فيما يعرف بذلك (ووصف عقار) وشجر وعبد وكذا كل ما لا يعرف بجس وشم وذوق حدادى أو بنظر وكيله ولو أبصر بعد ذلك فلا خيار له هذا كله (اذا وجدت) المذكورات كشم الاعمى وكذا رؤية البصير وجه الصبرة ونحوها نهر (قبل شرائه ولو بعده يثبت له الخيار بها) أى بالمذكورات

مطلب

الاعمى كالبصير الا فى مسائل

الفصولين واحترز عما لو وكله بالرؤية مقصودا وقال ان رضيته فخذه لا يصح ولا تصير رؤيته كرؤية موكله جامع الفصولين قال فى البحر لانها من المباحات لا تتوقف على توكيل الا اذا فوض اليه الفسخ والاجازة لما فى المحيط وكله بالنظر الى ما شراه ولم يره ان رضى يلزم العقد وان لم يرض يفسخ يصح لانه جعل الرأى والنظر اليه فيصح كالو فوض الفسخ والاجازة اليه فى البيع بشرط الخيار اھ قال فى النهر ودل كلامه أن رؤيته قبل التوكيل به لا اثر لها فلا يسقط بها الخيار كما فى الفتح وغيره (قوله لا رؤية رسول المشترى) سواء كان رسولا بالقبض او بالشراء زيلعى (قوله وبيانه فى الدرر) حيث قال اعلم أن ههنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا وصورة التوكيل بالشراء أن يقول كن وكيلا عنى بشراء كذا وصورة التوكيل بالقبض أن يقول كن وكيلا عنى بقبض ما اشتريته ومارأيته وصورة الرسالة أن يقول كن رسولا عنى بقبضه فرؤية الوكيل الاول تسقط الخيار بالاجماع ورؤية الثانى تسقط عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذا قبضه ناظرا اليه فحينئذ ليس له ولا للموكل أن يرده الا بعيب وأما اذا قبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار فانه لا يسقط لانه لما قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته أجنبيا وان أرسل رسولا بقبضه فقبضه بعد ما رآه فللمشترى أن يرده وقالا الوكيل بالقبض والرسول سواء فى أن قبضهما بعد الرؤية لا يسقط خيار المشترى اھ ح قال فى الشرنبلالية وفيه نظر لانه لا خلاف فى هذه الحالة وما الخلاف الا فى نظر الوكيل بالقبض حالة قبضه لا فى نظره السابق على قبضه ولا المتأخر عنه كما فى التبيين اھ ط (تنبيه) نقل فى البحر عن الفوائد أن صورة الرسالة أن يقول كن رسولا عنى فى قبضه أو أمرتك بقبضه او أرسلتك لتقبضه أو قل لفلان أن يدفع المبيع اليك وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل فى فصل الامر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اھ وذكر فى البحر من كتاب الوكالة عن البدائع أن الايجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه اھ فهذا صريح فى أن الامر والاذن توكيل لكن ذكر هناك عن الولوالجية ما يدل على أن الامر توكيل اذا دل على انابة المأمور مناب الآمر وسيأتى تحريره هناك ان شاء الله تعالى وكتبت هنا فى تنقيح الحامدية بعض ذلك فراجعه (قوله ولو لغيره) كأن يكون وصيا أو وكيلا (قوله الا فى اثنتى عشرة مسألة) قال فى الاشباه وهو كالبصير الا فى مسائل منها لا جهاد عليه ولا جمعة ولا جماعة ولا حج وان وجد قائدا ولا يصلح للشهادة مطلقا على المعتمد والقضاء والامامة العظمى ولا دية فى عينه وانما الواجب الحكومة وتكره امامته الا أن يكون اعلم القوم ولا يصح عتقه عن كفارة ولم ار حكم ذبحه وصيده وحضانته ورؤيته لما اشتراه بالوصف وينبغى أن يكره ذبحه أما حضانته فان أمكنه حفظ المحضون كان أهلا والا فلا ويصلح ناظرا ووصيا والثانية فى منظومة ابن وهبان والاولى فى أوقاف هلال كما فى الاسعاف اھ وقوله ولا يصلح للشهادة مطلقا اى ولو فيما تقبل فيه الشهادة بالتسامع وقوله ولا يصح عتقه مصدر مضاف لمفعوله أى أن يعتقه سيده عن كفارته وقوله ولم أر الخ عبارته فى البحر ويكره ذبحه ولم أر حكم صيده ورميه واجتهاده فى القبلة وقوله ورؤيته لما اشتراه بالوصف رؤيته مبتدأ خبره قوله بالوصف اى علمه بالمبيع المحتاج للرؤية بالوصف وقوله ويصلح ناظرا ووصيا ليس من المستثنيات لانه وافق فيه البصير (قوله وسقط خياره بجس مبيع الخ) محمول على ما اذا وجد منه الجس ونحوه قبل الشراء وأما اذا اشترى قبل أن يوجد منه ذلك لا يسقط خياره بوجوده بل يثبت باتفاق الروايات ويمتد الى أن يوجد منه ما يدل على الرضى من قول أو فعل فى الصحيح شرنبلالية عن الزيلعى (قوله وكذا كل ما لا يعرف بجس الخ) ظاهره أن ما يعرف بالجس ونحوه لا يكفى فيه الوصف وكذا عكسه وانه لا يشترط اجتماع الوصف والجس لكن فى المعراج وعن أبى يوسف اعتبار الوصف فى غير العقار وقال ائمة بلخ يمس الحيطان والاشجار وعن محمد يعتبر اللمس فى الثياب والحنطة ثم قال وبالجملة ما يقف به على صفة المبيع فهو المعتبر فحينئذ لا تختلف هذه الروايات فى المعنى لان الخيار ثابت للاعمى لجهله بصفات المبيع فاذا ازال ذلك بأى وجه كان يسقط خياره اھ (تنبيه) فى البحر عن البدائع لا بد فى الوصف للاعمى من كون المبيع على ما وصف له ليكون فى حقه بمنزلة الرؤية فى حق البصير (قوله او بنظر وكيله) أى وكيل الشراء او القبض لا وكيل النظر الا اذا فوض اليه الفسخ والاجازة على ما مر (قوله بعد ذلك) اى من الجس ونحوه او الوصف او نظر الوكيل (قوله فلا خيار له) لانه قد سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عمى انتقل الخيار الى الوصف بحر

(قوله

(قوله لانها) اى الرؤية بهذه المذكورات (قوله كما غلط فيه بعضهم) اى بعض الطلبة وقدمنا بيانه (قوله او يتعيب) بالجزم عطفا على مدخول لم وهو يوجد لا على قول لان التعيب والهلاك ليسا من المشترى البتة وانما امتنع الرد بهلاك البعض لانه يلزم عليه تفريق الصفقة كما يأتى (قوله ولو قبل الرؤية) مبالغة على قوله او يتعيب او يهلك بعضه وأما الفعل فمنه ما يسقط بعد الرؤية فقط ومنه ما يسقط مطلقا ومرّ بيانه (قوله ولا عيب) لم يذكره فى النهر بل فى البحر عن الولوالجية وبه سقط ما بحثه الحموى فى شرحه انه لو وجده بعد اخراجه منقطع الرائحة فالظاهر أن له رده بخيار العيب لانه بحث مخالف للمنقول بل وللمعقول اذ كيف يسوغ الرد بعد حدوث عيب جديد (قوله يدخل عليه عيبا ظاهرا) حتى لو لم يدخل كان له أن يرد بخيار العيب والرؤية جميعا بحر (قوله لتفريق الصفقة) يأتى بيانه واستفيد منه انه لو رآهما فرضى بأحدهما انه لا يرد الآخر بحر (قوله قاصد الشرائه عند رؤيته) فلو قصد شراءه ثم رآه لكنه عندها لم يقصد الشراء ثم شراه يثبت له الخيار للعلة المذكورة ط (قوله قال المصنف الخ) قال الخير الرملى هو خلاف الظاهر من الرواية وقد ذكره فى جامع الفصولين أيضا بصيغة قيل وهى صيغة التمريض فكيف يعوّل عليه فى متنه والمتون موضوعة لما هو الصحيح من المذهب تأمل اهـ وكذا ردّه المقدسى بأنه مناف لاطلاقاتهم (قوله فلو لم يعلم به) كأن رأى جارية ثم اشترى جارية متنقبة لا يعلم انها التى كان رآها ثم ظهرت اياها فان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضى أو رأى ثوبا فلف فى ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم انه ذلك فتح (قوله ولا يعرفه) أى الباقى بحر (قوله وكذا لو كانا ملفوفين الخ) فى البحر عن الظهيرية لو رأى ثوبين ثم اشتراهما بثمن متفاوت ملفوفين فله الخيار لانه ربما يكون الاردى بأكثر الثمنين وهو لا يعلم اهـ أى بأن اشترى أحدهما بعينه بعشرة والآخر بعينه بعشرين مثلا فانه لا يعلم وقت الشراء أن الذى قابله العشرون جيد أو ردىء أما لو شرى أحدهما بعشرين ولم يعينه فسد البيع بجهالة المبيع ولو اشترى كل واحد بعشرة فلا خيار له لانه عالم بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء حيث سوّى بينهما فى الثمن لانه دليل تساويهما فى الوصف فيكون عالما بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء ذخيرة وبه علم أن علة الخيار فى الاولى هى جهل وصف المبيع وقت الشراء وان تبين أن الثمن الادنى للاعلى فافهم وأيضا فيه احتمال دخول الضرر على المشترى فيما لو ظهر الاحسن معيبا وكان ثمنه أقل فانه يرده على البائع بالثمن الاقل ويبقى عليه الادنى بالثمن الاعلى (قوله ولو سمى الخ) هذا تفصيل لمسألة الثوبين الملفوفين المذكورة فى الشرح كما ظهر لك مما نقلناه عن الذخيرة وقد جعله المصنف تفصيلا لقوله رأى ثيابا الخ والظاهر أن الحكم فيها كذلك تأمل (قوله والقول للبائع الخ) هذا من تتمة قوله فلا خيار له الا اذا تغير فكان المناسب ذكره عقبه كما هو الواقع فى كثير من الكتب حتى فى الهداية والملتقى والكنز والغرر (قوله عملا بالظاهر) فان الظاهر أنه لا يبقى الشىء فى دار التغير وهى الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه التغير قال محمد أرأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين او عشرين وقال تغيرت ألا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الائمة وبه يفتى الصدر الشهيد والامام المرغينانى فيقول ان كان لا يتفاوت فى تلك المدة غالبا فالقول للبائع وان كان التفاوت غالبا فالقول للمشترى مثاله لو رأى دابة أو مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لان الشهر فى مثله قليل فتح والمراد التغير بنقصان بعض الصفات كنقص الحسن أو القوة لا بعروض عيب لان عروضه قد يكون فى أقل من شهر وبه يثبت خيار العيب (قوله لو اختلفا فى أصل الرؤية) بأن قال له البائع رأيت قبل الشراء وقال المشترى ما رأيته وكذا لو قال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت فقال رضيت قبل الرؤية كما فى البحر (قوله لانه ينكر الرؤية) أى وهى أمر عارض والاصل عدمه ويبقى ما لو رأى النموذج وهلك ثم ادّعى مخالفته للباقى وقدمنا بيانه (قوله فى بيع بات) كذا فى النهر والفتح والظاهر أنه أراد به اللازم وهو ما لا خيار فيه بقرينة المقابلة ولذا قال ح الظاهر أن الرد فيه بالاقالة اهـ فافهم (قوله والفرق) أى بين ما القول فيه للمشترى وما القول فيه للبائع من الخيارات الثلاث وبيانه ما فى الفتح والنهر أن المشترى فى الخيار ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضى الآخر بل على علمه واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك فى المقبوض والقول فيه للقابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع وفى العيب لا ينفرد لكنه يدّعى ثبوت حق الفسخ فيما أحضره والبائع ينكره والقول قول المنكر اهـ ثم اعلم أن هذا فى الاختلاف فى المردود عند الفسخ أما لو اختلفا فى

(فيمتد) خياره فى جميع عمره على الصحيح (ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من قول أو فعل) أو يتعيب او يهلك بعضه عنده ولو قبل الرؤية ولو اذن للاكار أن يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لان فعله بأمره كفعله عينى ولو شرى نافجة مسك فأخرج المسك منها لم يرد بخيار رؤية ولا عيب لان الاخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا نهر (ومن رأى احد ثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله ردهما) ان شاء (لا رد الآخر وحده) لتفريق الصفقة (ولو اشترى ما رأى) حال كونه (قاصدا لشرائه) عند رؤيته فلو رآه لا لقصد شرائه ثم شراه قيل له الخيار ظهيرية ووجهه ظاهر لانه لا يتأمل التأمل المفيد بحر قال المصنف ولقوة مدركه عوّلنا عليه (عالما بأنه مرئيه) السابق (وقت الشراء) فلو لم يعلم به خير لعدم الرضى درر (فلا خيار له الا اذا تغير) فيخير (رأى ثيابا فرفع البائع بعضها ثم اشترى الباقى ولا يعرفه فله الخيار) وكذا لو كانا ملفوفين وثمنهما متفاوت لانه ربما يكون الاردا بالاكثر ثمنا (ولو سمى لكل واحد) من الثياب (عشرة لا) خيار له لان الثمن لما لم يختلف استويا فى الاوصاف بحر (والقول للبائع) بيمينه (اذا اختلفا فى التغير) هذا (لو المدة قريبة وان بعيدة فالقول للمشترى) عملا بالظاهر وفى الظهيرية الشهر فما فوقه بعيد وفى الفتح الشهر فى مثل الدابة والمملوك قليل (كما) أن القول للمشترى بيمينه (لو اختلفا فى) أصل (الرؤية) لانه ينكر الرؤية وكذا لو أنكر البائع كون المردود مبيعا فى بيع بات أو فيه خيار شرط أو رؤية فالقول للمشترى ولو فيه خيار عيب فالقول للبائع والفرق أن المشترى ينفرد بالفسخ فى الاول لا الاخير

تعيين ما فيه خيار الشرط عند الاجازة ممن له الخيار فقد ذكره فى البحر عن الظهيرية وقدمنا حاصله قبيل هذا الباب (قوله اشترى عدلا) بكسر العين هو أحد فردى الحمل (قوله من متاع) هو ما يتمتع به من ثياب ونحوها وهذا من القيميات ولم أر من ذكر المثليات من مكيل وموزون والظاهر أنه لا فرق بينها فى هذا الحكم لانه اذا كانت العلة تفريق الصفقة فهو غير جائز فى المثلى أيضا كما قدمناه أول البيوع عند قوله كل المبيع بكل الثمن وسيأتى حكم الرد بالعيب فى المثليات فى الباب الآتى عند قوله أو كان المبيع طعاما فأكله أو بعضه (قوله ولم يره) قيد به ليمكن تأتى خيار الرؤية فيه ولا ينافيه ذكر خيار العيب والشرط لانهما قد يجتمعان مع خيار الرؤية فافهم (قوله أولبس) أى حتى تغير كما فى الحاكم قال الخير الرملى وكذا لو استهلكه أو هلك أو كان عبد افمات أو أعتقه كما صرح به فى التتارخانية اهـ وفى الحاوى اشترى أربعة برود على أن كلا منها ستة عشر ذراعا فباع احدها ثم ذرع البقية فاذا هى خمس عشرية فله رد البقية (قوله بعد القبض) قيد به فى الجامع الصغير وكأن المصنف استغنى عنه بقوله باع لان ما لم يقبض لا يصح بيعه ولا هبته نهر أى لا يصح بيعه لو منقولا بخلاف العقار وأفاد أنه قبل القبض لا فرق بين الخيارات الثلاث فى انه لا يرد الباقى كما يعلم مما يأتى (قوله رده) أى الباقى من العدل (قوله الاصل أن رد البعض) أى بعض المبيع كرد باقى العدل ورد أحد الثوبين فيما لو رأى أحدهما ثم رأى الآخر فى مسألة المتن المارة وأمثال ذلك (قوله يوجب تفريق الصفقة) أى تفريق العقد بأن يوجب الملك فى بعض المبيع دون البعض وقدمنا أول البيوع ما يوجب تفريقها وعدمه وسمى العقد صفقة للعادة فى أن المتبايعين يصفق كفه فى كف الآخر (قوله يمنعان تمامها) فان خيار الرؤية مانع من التمام أما خيار الشرط فانه مانع ابتداء لكن ما يمنع الابتداء يمنع التمام وأطلقه فشمل ما قبل القبض أو بعده وذلك لان له الفسخ بغير قضاء ولا رضى فيكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضى قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء أو الرضى كما فى الفتح (قوله وخيار العيب يمنعه) أى يمنع تمام الصفقة قبل القبض ولذا ينفسخ بقوله رددت ولا يحتاج الى رضى البائع ولا الى القضاء ولا يمنعه بعده ولذا لو رده بعده لا ينفسخ الا برضى البائع أو بحكم (قوله وهل يعود خيار الرؤية الخ) أى بأن عاد الثوب الذى باعه من العدل أو وهبه بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع فى الهبة فهو أى مشترى العدل على خياره فله أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسى وعن أبى يوسف لا يعود لان الساقط لا يعود كخيار الشرط الا بسبب جديد وصححه قاضى خان وعليه اعتماد القدورى وحقيقة الملحظ مختلفة فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ولحظه الثانى مسقطا فلا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس التصرف يدل على الرضى ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها فتح وادعى فى البحر أن الاول أوجه ورده فى النهر (قوله ليس للبائع مطالبته بالثمن قبل الرؤية) لعدم تمام العقد قبلها (قوله فلهما الخيار) أى باعتبار أن كلا منهما مشتر للعين التى باعها الآخر (قوله لم يبطل البيع فى الجارية بحصة الالف) أى بل يبطل بحصة العبد فان كانت قيمته خمسمائة مثلا بطل البيع فى ثلث الجارية وبقى فى حصة الالف وهى الثلثان منها (قوله لما مر انه لا خيار فى الدين) اى مر أول الباب فى قوله فليس فى ديون ونقود الخ واذا لم يكن له خيار فى الالف يبقى البيع لازما من الجارية بقدر الالف (قوله ثم يبيع الثوب مع الضيعة) أى ويسلمهما للمشترى لتتم الصفقة (قوله ثم المقر له يستحق الثوب) أى باقامة البينة على اقرار البائع والظاهر أن هذا مبنى على القول بأن الاقرار يفيد الملك للمقر له أما على المعتمد من عدمه فلا يحل ذلك ديانة فالاظهر فى الحيلة أن يبيع الثوب لانسان ثم يبيعه مع الضيعة تأمل (قوله للزوم تفريق الصفقة) لانه لما قبض الثوب والضيعة تمت الصفقة وتفريقها بعد التمام لا يجوز بخلاف ما لو قبض احدهما دون الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام كما فى الفتح وفى الدرر من فصل الاستحقاق ولا يثبت له خيار العيب هنا لان استحقاق الثوب لا يورث عيبا فى الضيعة بخلاف ما اذا كان المعقود عليه شيأ واحدا مما فى تبعيضه ضرر كالدار والعبد فانه بالخيار ان شاء رضى بحصته من الثمن وان شاء رد وكذا اذا كان المعقود عليه شيئين وفى الحكم كشئ واحد فاستحق احدهما كالسيف بالغمد والقوس بالوتر فله الخيار فى الباقى اهـ (قوله الا فى الشفعة) ليس على اطلاقه لان الشفيع لو أراد أخذ بعض المبيع وترك الباقى لم يملك ذلك

قوله ان المتبايعين يصفق كفه الخ هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه لفظ أحد قبل قوله المتبايعين تأمل اهـ مصححه

(اشترى عدلا) من متاع ولم يره (وباع) أولبس نهر (منه ثوبا) بعد القبض (أو وهب وسلم رده بخيار عيب لا) بخيار (رؤية أو شرط) الاصل أن رد البعض يوجب تفريق الصفقة وهو بعد التمام جائز لا قبله فخيار الشرط والرؤية يمنعان تمامها وخيار العيب يمنعه قبل القبض لا بعده وهل يعود خيار الرؤية بعد سقوطه عن الثانى لا كخيار شرط وصححه قاضى خان وغيره (فروع) شرى شيأ لم يره ليس للبائع مطالبته بالثمن قبل الرؤية * ولو تبايعا عينا بعين فلهما الخيار مجتبى * شرى جارية بعبد وألف فتقابضا ثم رد بائع الجارية العبد بخيار رؤية لم يبطل البيع فى الجارية بحصة الالف ظهيرية لما مر انه لا خيار فى الدين * أراد بيع ضيعة ولا يكون للمشترى خيار رؤية فالحيلة أن يقر بثوب لانسان ثم يبيع الثوب مع الضيعة ثم المقر له يستحق الثوب المقر به فيبطل خيار المشترى للزوم تفريق الصفقة وهو لا يجوز الا فى الشفعة ولوالجية

جبراعلى المشترى لضرر تفريق الصفقة وكذا لوكان المبيع دارين فى مصرين بيعتا صفقة واحدة ليس لشفيعهما أخذ احداهما فقط الاعلى قول زفر قيل وبه يفتى أما لوكان شفيع الاحداهما له أخذها وحدها احياء لحقه كما سيأتى فى بابها ان شاء الله تعالى ففى الفرع الاخير تفريق الصفقة للضرورة وهذا هو المراد من قول الشارح فى آخر الشفعة لوكانت دار الشفيع ملاصقة لبعض المبيع كان له الشفعة فيما لاصقه فقط ولو فيه تفريق الصفقة اه فالمراد ببعض المبيع احدى الدارين كما قيده محشى الاشباه وغيره بخلاف الدار الواحدة والعلة ما ذكرنا فافهم (قوله شرى شيئين) أى قيميين وهذه المسألة سيأتى تفصيلها فى الباب الآتى (قوله لما مر) اى قريبا من أن خيار العيب يمنع تمام الصفقة قبل القبض لا بعده والله سبحانه وتعالى أعلم

شرى شيئين وبأحدهما عيب ان قبضهما له رد المعيب والا لا لما مر

(باب خيار العيب)

(باب خيار العيب)

هو لغة ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وشرعا ما أفاده بقوله

تقدم وجه ترتيب الخيارات والاضافة فيه اضافة الشئ الى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أى صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الاصل اه فتح ثم ان خيار العيب يثبت بلا شرط ولا يتوقت ولا يمنع وقوع الملك للمشترى ويورث ويثبت فى الشراء والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد وفى الاجارة ولو حدث بعد العقد والقبض بخلاف البيع وفى القسمة والصلح عن المال وبسط ذلك فى جامع الفصولين (قوله ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة) زاد فى الفتح مما يعد به ناقصا اه أى لان ما لا ينقصه لا يعد عيبا قال فى الشرنبلالية والفطرة الخلقة التى هى أساس الاصل ألا يرى انه لو قال بعتك هذه الحنطة وأشار اليها فوجدها المشترى ردية لم يكن علمها ليس له خيار الرد بالعيب لان الحنطة تخلق جيدة وردية ووسطا والعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها فالحنطة المصابة بهواء منعها تمام بلوغها الادراك حتى صارت رقيقة الحب معيبة كالعفن والبلل والسوس اه قلت وعن هذا قال فى جامع الفصولين لا يرد البر برداءته لانها ليست بعيب ويرد المسوس والعفن وكذا لا يرد اناء فضة برداءته بلا غش وكذا الامة لا ترد بقبح الوجه وسواده ولو كانت محترقة الوجه لا يستبين لها قبح ولا جمال فله ردها اه وفيه واقعة شرى فرسا فوجده كبير السن قيل ينبغى أن لا يكون له الرد الا اذا شراه على انه صغير السن لما مر من مسألة حمار وجده بطئ السير اه (قوله وشرعا ما أفاده الخ) أى المراد فى عرف أهل الشرع بالعيب الذى يرد به المبيع ما ينقص الثمن أى الذى اشترى به كما فى الفتح قال لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشترى وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به اه وعبارة الهداية وما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة اه ومفاده أن المراد بالثمن القيمة لان الثمن الذى اشتراه به قد يكون أقل من قيمته بحيث لا يؤدى نقصانها بالعيب الى نقصان الثمن به والظاهر أن الثمن لما كان فى الغالب مساويا للقيمة عبروا به تأمل والضابط عند الشافعية انه المنقص للقيمة أو ما يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه فاخرجوا بفوات الغرض الصحيح ما لو بان فوات قطعة يسيرة من فخذه أو ساقه بخلاف ما لو قطع من اذن الشاة ما يمنع التضحية فله ردها وبالغالب ما لو كانت الامة ثيبا مع أن الثيابة تنقص القيمة لكنه ليس الغالب عدم الثيابة اه قال فى البحر وقواعدنا لا تأباه للمتأمل اه قلت ويؤيده ما فى الخانية وجد الشاة مقطوعة الاذن ان اشتراها للاضحية له الرد وكذا كل ما يمنع التضحية وان لغيرها فلا ما لم يعده الناس عيبا والقول للمشترى انه اشتراها للاضحية لو فى زمانها وكان من اهل أن يضحى اه وكذا ما فى البزازية اشترى شجرة ليتخذ منها الباب فوجدها بعد القطع لا تصلح لذلك رجع بالنقص الا أن يأخذ البائع الشجرة كما هى اه فقد اعتبر عدم غرض المشترى عيبا موجبا للرد ولكنه يرجع بالنقص لان القطع مانع من الرد وفيها أيضا اشترى ثوبا أو خفا أو قلنسوة فوجده صغيرا له الرد اه أى لانه لا يصلح لغرضه وفيها لو كانت الدابة بطيئة السير لا يرد الا اذا شرط انها عجول اه أى لان بطء السير ليس الغالب عدمه فان كلا من البطء والعجلة يكون فى أصل الفطرة السليمة وفيها اشترى دابة فوجدها كبيرة السن ليس له الرد الا اذا شرط صغرها وسيأتى أن الثيوبة ليست بعيب الا اذا شرط عدمها أى فله الرد لفقد الوصف المرغوب وبما ذكرنا من الفروع ظهر أن قولهم فى ضابط العيب ما ينقص الثمن عند التجار مبنى على الغالب والا فهو غير جامع وغير مانع أما الاول فلانه لا يشمل مسألة الشجرة

والثوب والخف والقلنسوة وشاة الاضحية لان ذلك وان لم يصلح لهذا المشترى يصلح لغيره فلا ينقص الثمن مطلقا وأما الثانى فلانه يدخل فيه مسألة الدابة والامة الثيب فان ذلك ينقص الثمن مع انه غير عيب فعلم انه لا بدّ من تقييد الضابط بما ذكره الشافعية والظاهر أنهم لم يقصدوا حصر العيب فيما ذكر لان عبارة الهداية والكنز ما اوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب فان هذه العبارة لا تدل على أن غير ذلك لا يسمى عيبا فاغتنم هذا التحرير ثم اعلم انه لا بدّ أن يكون العيب فى نفس المبيع لما فى الخانية وغيرها رجل باع سكنى له فى حانوت لغيره فأخبر المشترى أن أجرة الحانوت كذا فظهر أنها أكثر قالوا ليس له الرد بهذا السبب لان هذا ليس بعيب فى المبيع اهـ قلت المراد بالسكنى ما يبنيه المستأجر فى الحانوت ويسمى فى زماننا بالكدك كما مرّ أول البيوع لكنه اليوم تختلف قيمته بكثرة اجرة الحانوت وقلتها فينبغى أن يكون ذلك عيبا تأمل (قوله من وجد بمشريه الخ) أطلقه فشمل ما اذا كان به عند البيع أو حدث بعده فى يد البائع بحر بخلاف ما اذا كان قبله وزال ثم عاد عند المشترى لما فى البزازية لو كان به عرج فبرأ بمعالجة البائع ثم عاد عند المشترى لا يردّه وقيل يردّه ان عاد بالسبب الاول (تنبيه) لا بدّ فى العيب أن لا يتمكن من ازالته بلا مشقة فخرج احرام الجارية ونجاسة ثوب لا ينقص بالغسل لتمكنه من تحليلها وغسله وأن يكون عند البائع ولم يعلم به المشترى ولم يكن البائع شرط البراءة منه خاصا أو عاما ولم يزل قبل الفسخ كبياض انجلى وحمى زالت نهر فالقيود خمسة وجعلها فى البحر ستة فقال الثانى أن لا يعلم به المشترى عند البيع الثالث أن لا يعلم به عند القبض وهى فى الهداية اهـ لكن قال فى الشرنبلالية انه يقتضى أن مجرّد الرؤية رضى ويخالفه قول الزيلعى ولم يوجد من المشترى ما يدل على الرضى به بعد العلم بالعيب اهـ وكذا قول المجمع ولم يرض به بعد رؤيته اهـ قلت صرّح فى الذخيرة بأن قبض المبيع مع العلم بالعيب رضى بالعيب فما فى الزيلعى والمجمع لا يخالف ما مرّ عن الهداية لان ذلك جعل نفس القبض بعد رؤية العيب رضى وما فى الزيلعى صادق عليه ويدل عليه أن الزيلعى قال والمراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشترى من غير أن يعلم به ولم يوجد من المشترى ما يدل على الرضى به بعد العلم بالعيب فقوله وقبضه الخ يدل على انه لو قبضه عالما بالعيب كان قبضه رضى فقوله ولم يوجد من المشترى الخ أعم مما قبله أو أراد به ما لو علم بالعيب بعد القبض (تتمة) فى جامع الفصولين لو علم المشترى الا انه لم يعلم انه عيب ثم علم ينظر ان كان عيبا بينا لا يخفى على الناس كالغدة ونحوها لم يكن له الرد وان خفى فله الرد ويعلم منه كثير من المسائل اهـ وفى الخانية ان اختلف التجار فقال بعضهم انه عيب وبعضهم لا ليس له الرد اذ لم يكن عيبا بينا عند الكل اهـ (قوله ولو يسيرا) فى البزازية اليسير ما يدخل تحت تقويم المقوّمين وتفسيره أن يقوّم سليما بألف ومع العيب بأقل وقوّمه آخر مع العيب بألف أيضا والفاحش ما لو قوّم سليما بألف وكل قوّموه مع العيب بأقل اهـ (قوله بكل تجارة) الاولى من كل تجارة قال ح يعنى انه يعتبر فى كل تجارة أهلها وفى كل صنعة اهلها (قوله أخذه بكل الثمن أو ردّه) أطلقه فشمل ما اذا ردّه فورا أو بعد مدة لانه على التراخى كما سيذكره المصنف ونقل ابن الشحنة عن الخانية لو علم بالعيب قبل القبض فقال أبطلت البيع بطل لو بحضرة البائع وان لم يقبل ولو فى غيبته لا يبطل الا بقضاء أو رضى اهـ وفى جامع الفصولين ولو ردّه بعد قبضه لا ينفسخ الا برضى البائع أو بحكم قال الرملى وقوله الا برضى البائع يدل على انه لو وجد الرضى بالفعل كتسلمه من المشترى حين طلبه الرد ينفسخ البيع لان من المقرّر عندهم أن الرضى يثبت تارة بالقول وتارة بالفعل وقدّم فى بيع التعاطى لو ردّها بخيار عيب والبائع متيقن انها ليست له فأخذها ورضى فهى بيع بالتعاطى كما فى الفتح وفيه أيضا أن المعنى يقوم مقام اللفظ فى البيع ونحوه اهـ وأما ما يقع كثيرا من انه اذا اطلع على عيب يردّ المبيع الى منزل البائع ويقول دونك دابتك لا أريدها فليس بردّ وتهلك على المشترى ولو تعهدها البائع حيث لم يوجد بينهما فسخ قولا أو فعلا (قوله ما لم يتعين امساكه) قيد للتخيير بين الاخذ والرد فاذا وجد ما يمنع الرد تعين الاخذ لكن فى بعض الصور يرجع بنقصان العيب وفى بعضها لا يرجع كما يأتى قريبا وكذا سيأتى عند قول المصنف حدث عيب آخر عند المشترى رجع بنقصانه ومما يمنع الرد ما فى الذخيرة اشترى من اخر عبدا وباعه من غيره ثم اشتراه من ذلك الغير فرأى عيبا كان عند البائع الاول لم يردّه على الذى اشتراه منه لانه غير مفيد اذ لو ردّه يردّه الآخر عليه ولا على البائع الاول لان هذا الملك غير مستفاد من جهته اهـ ولو وهبه البائع الثمن ثم وجد بالمبيع عيبا قيل لا يردّ وقيل يردّ ولو قبل القبض يردّه اتفاقا خانية ثم

(من وجد بمشريه ما ينقص الثمن) ولو يسيرا جوهرة (عند التجار) المراد بهم أرباب المعرفة بكل تجارة وصنعة قاله المصنف (أخذه بكل الثمن أو ردّه) ما لم يتعين امساكه

بجزم بالقول الثانى وجزم فى البزازية بالاول ومن ذلك مافى كافى الحاكم اشتريا جارية فوجدا بها عيبا فرضى احدهما لم يكن للآخر ردها عنده وله رد حصته عندهما (قوله كحلالين احرما أو أحدهما) يعنى اذا اشترى احد الحلالين من الآخر صيدا ثم أحرما أو أحدهما ثم وجد المشترى به عيبا امتنع رده ورجع بالنقصان اه ح عن البحر فالمراد بتعين امساكه عدم رده على البائع فلا ينافى وجوب ارساله كما مر فى الحج (قوله وقيمته ثلاثة آلاف) الظاهر أن المدار على الزيادة التى تركها يكون مضرا اه ط (قوله للاضرار الخ) قلت قد يكون العيب مرضا يفضى الى الهلاك فيجب أن يستثنى مقدسى وفيه نظر لان فرض المسألة فيما قيمته زائدة على ثمنه مع وجود ذلك العيب فيه ومثله لا يكون عيبه مفضيا الى الهلاك تأمل (قوله بخلاف خيار الشرط والرؤية) أى حيث يكون لهم الرد لعدم تمام الصفقة كما فى البحر ح (قوله وينبغى الرجوع بالنقصان) عبارة النهر وفى مهر فتح القدير لو اشترى الذمى خمرا وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد اه وفى المحيط وصى أو وكيل الخ ثم قال فى النهر وينبغى الرجوع بالنقصان فى المسألتين اه أى مسألة مهر الفتح ومسألة المحيط (قوله كوارث الخ) أى فانه يمتنع الرد ويرجع بالنقصان كما فى البحر ح (قوله اشترى من التركة) أى بثمن من تركة الميت (قوله لا يرجع) أى الاجنبى على بائعه قال فى السراج لانه لما اشترى الثوب ملكه وبالتكفين يزول ملكه عنه وزوال الملك بفعل مضمون يسقط الارش وأما فى الوجه الاول فان مقدار الكفن لا يملكه الوارث من التركة فاذا اشتراه وكفن به لم ينتقل بالتكفين عن الملك الذى أوجبه العقد وقد تعذر فيه الرد فرجع بالارش اه ومثله فى الذخيرة (قوله وهذه احدى ست مسائل الخ) تبع فى ذلك صاحب النهر حيث قال لا يرجع بالنقصان فى مسائل ثم نقل ست مسائل عن البزازية ليس فيها التصريح بعدم الرجوع الا فى مسألة واحدة وهى لو باع الوارث من مورثه فمات المشترى وورثه البائع ووجد به عيبا رد الى الوارث الآخر ان كان فان لم يكن له سواه لا يرده ولا يرجع بالنقصان فافهم وزاد فى البحر مسألة أخرى عن المحيط لو اشترى المولى من مكاتبه فوجد عيبا لا يرد ولا يرجع ولا يخاصم بائعه لكونه عبده اه وسيأتى مسائل أخر فى الشرح والمتن عند قول المصنف حدث عيب آخر عند المشترى رجع بنقصانه الخ وذكر الشارح فى كتاب الغصب مسألة أخرى عند قول المصنف خرق ثوبا وهى مالو شرى حياصة فضة مموهة بالذهب بوزنها فضة فزال تمويهها عند المشترى ثم وجد بها عيبا فلا رجوع بالعيب القديم لتعيبها بزوال التمويه ولا بالنقصان للزوم الربا ومنها مافى البزازية كل تصرف يدل على الرضى بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والرجوع بالنقص (قوله معزيا للقنية) قال فيها وفى تتمة الفتاوى الصغرى باع عبدا وسلمه ووكل رجلا بقبض ثمنه فقال الوكيل قبضته فضاع أو دفعته الى الآمر وجحد الآمر كله فالقول للوكيل مع يمينه وبرئ المشترى من الثمن فلو وجد به عيبا ورده لا يرجع بالثمن على البائع لعدم ثبوت القبض فى زعمه ولا على الوكيل لانه لا عقد بينهما وانما هو أمين فى قبض الثمن وانما يصدق فى دفع الضمان عن نفسه قال رضى الله عنه وعرف به انه اذا صدق الآمر الوكيل فى الدفع اليه يرجع المشترى بعد الرد بالعيب بالثمن على الآمر دون القابض اه ح (قوله كالاباق) بالكسر اسم يقال ابق ابقا من باب تعب وقتل وضرب وهو الاكثر كما فى المصباح وفى الجوهرة عن الثعالبى الآبق الهارب من غير ظلم السيد فلو من ظلمه سمى هاربا فعلى هذا الاباق عيب لا الهرب اطلقه فشمل مالو كان من المولى أو من مودعه أو المستعير منه أو المستأجر وما اذا كان مسيرة سفر أولا خرج من البلدة أولا قال الزيلعى والاشبه أن البلدة لو كبيرة كالقاهرة كان عيبا والا لا بأن كان لا يخفى عليه أهلها أو بيوتها فلا يكون عيبا نهر ويأتى انه لا بد من تكرره بأن يوجد عند البائع وعند المشترى (قوله الا اذا أبق من المشترى الى البائع) وكذا لو أبق من الغاصب الى المولى أو الى غيره اذا لم يعرف بيت المالك أو لم يقف على الرجوع اليه نهر (قوله فى البلدة) قيد به لما فى النهر عن القنية لو أبق من قرية المشترى الى قرية البائع يكون عيبا (قوله ولم يختف) فلو اختفى عند البائع يكون عيبا لانه دليل التمرد (قوله والاحسن انه عيب) وقيل لا مطلقا وقيل ان دام على هذا الفعل فعيب لا لو مرتين أو ثلاثا والظاهر أن غير الثور من البهائم كالثور ط (قوله قبل عوده من الاباق) ومثله قبل موته كما فى البحر فان مات آبقا رجع بنقصان العيب كما فى الهندية ومؤنة الرد على المشترى فيما له حمل ومؤنة بحر ويرده فى موضع العقد زادت قيمته أو نقصت أو فى موضع التسليم لو اختلف عن موضع العقد كما فى الخانية سائحانى

كحلالين أحرما أو احدهما وفى المحيط وصى أو وكيل أو عبد مأذون شرى شيأ بألف وقيمته ثلاثة آلاف لم يرد بعيب للاضرار بيتيم وموكل ومولى بخلاف خيار الشرط والرؤية أشباه وفى النهر وينبغى الرجوع بالنقصان كوارث اشترى من التركة كفنا ووجد به عيبا ولو تبرع بالكفن أجنبى لا يرجع وهذه احدى ست مسائل لا رجوع فيها بالنقصان مذكورة فى البزازية وذكرنا فى شرحنا للملتقى معزيا للقنية انه قد يرد بالعيب ولا يرجع بالثمن (كالاباق) الا اذا أبق من المشترى الى البائع فى البلدة ولم يختف عنده فانه ليس بعيب واختلف فى الثور والاحسن انه عيب وليس للمشترى مطالبة البائع بالثمن قبل عوده من الاباق

(قوله ابن ملك قنية) في بعض النسخ وقنية بزيادة واو العطف وهي أحسن وذكر المسألة أيضا في البحر عن جامع الفصولين (قوله والسرقة) سواء أوجبت قطعا أولا كالنباش والطرار وأسبابها في حكمها كما اذا نقب البيت وأطلاقهم يعم الكبرى كما في الظهيرية ح عن النهر (قوله الا اذا سرق شيأ للأكل من المولى) أي فانه لا يكون عيبا بخلاف ما اذا سرق ليبيعه أو سرقه من غير المولى ليأكله فانه عيب فيهما بحر فافهم وظاهره قصر ذلك على المأكول ويفيده قول البزازية وسرقة النقد مطلقا عيب وسرقة المأكولات للأكل من المولى لا يكون عيبا قال في النهر وينبغي انه لو سرق من المولى زيادة على ما يأكله عرفا يكون عيبا (قوله أو يسيرا كفلس أو فلسين) بجزم به الزيلعي وظاهر ما في المعراج انها رواية وأن المذهب الاطلاق وعلى هذا القول ما دون الدرهم كذلك كما ذكره فيه بحر (قوله ولو سرق الخ) ستأتي هذه المسألة أواخر الباب عند قول المصنف قتل المقبوض أو قطع الخ وهي مذكورة في الهداية (قوله أيضا) أي بعد ما سرق عند البائع (قوله رجع بربع الثمن) سواء كانت السرقة متكررة عندهما أو اتحدت عند أحدهما وتكررت عند الآخر كما يفيده التعليل ووجه الرجوع بالربع أن دية اليد في الحر نصف دية النفس وفي الرقيق نصف القيمة وقد تلف هذا النصف بسببين تحقق احدهما عند البائع والآخر عند المشتري فيتنصف الموجب فيرجع بنصف النصف وهو الربع وأطلق فيه فشمل ما اذا طلب رب المال المسروق في السرقتين أو في احداهما دون الاخرى وهذا التعليل يفيد اعتبار القيمة لا الثمن وقد يقال انما عبر به نظرا الى أن الغالب أن الثمن قدر القيمة ط (قوله رجع بثلاثة أرباع ثمنه) أي رجع المشتري عليه بذلك لان ربع الثمن سقط عن البائع بالسرقة الثانية (قوله أو ان يأكل الخ) قال في النهر وفسره أي التمييز بعضهم بأن يأكل ويشرب ويستنجي وحده وهذا يقتضي أن يكون ابن سبع لانهم قدروه بذلك في الحضانة لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بخمس سنين فما فوقها وما دون ذلك لا يكون عيبا اهـ قلت والفرق بين البابين أن المدار هنا على الادراك وهناك على الاستغناء عن النساء تأمل (قوله وتمامه في الجوهرة) لم أر فيها زيادة على ما هنا الا انه ذكر فيها التقدير الاول عند قوله والبول في الفراش والثاني عند قوله والسرقة وظاهر البحر وغيره عدم الفرق بين الموضعين (قوله لانها) أي هذه العيوب الثلاثة (قوله لقصور عقل) يرجع الى الاباق والسرقة كما أن قوله بعده لسوء اختيار يرجع اليهما أيضا ط (قوله فعند اتحاد الحالة الخ) تفريع على اختلافها صغرا وكبرا (قوله بأن ثبت اباقه) أي او بوله أو سرقته (قوله عند بائعه) او عند بائع بائعه (قوله ثم مشتريه) أفاد أنه لو ثبت عند البائع ولم يعد عند المشتري لا يرد وهو الصحيح كما في جامع الفصولين (قوله ان من نوعه) بأن حم في الوقت الذي كان يحم فيه عند البائع كما في النهر ح (قوله لو وجده يبول) أي وهو صغير وثبت بوله عند بائعه أيضا (قوله حتى رجع بالنقصان) أي نقصان البول لانه بالعيب الحادث امتنع الرد فتعين الرجوع بالنقصان والظاهر أن العيب الحادث غير قيد بل مثله ما لو أراد الرد فصالحه البائع عن العيب على شيء معلوم ثم رأيت في النهر عن الخانية اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا ان كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك اهـ وسيأتي آخر الباب تقييد الشارح ذلك بما اذا زال العيب بلا علاجه (قوله ينبغي نعم) نقل ذلك في الفتح عن المصاحب الفوائد الظهيرية وانه قال لا رواية فيه وانه استدل لذلك بمسألتين احداهما اذا اشترى جارية ذات زوج كان له ردها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان فلو أبانها زوجها كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد والا استرد والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي أن يسترد اهـ (قوله تلويح) قال في البحر وفي التلويح الجنون اختلال القوة المميزة بين الاشياء الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب انتهى والاخصر اختلال القوة التي بها ادراك الكليات اهـ وأشار بقوله والاخصر الى أن المؤدى واحد فما عزاه الشارح الى التلويح نقل بالمعنى فافهم (قوله ومعدنه القلب الخ) سئل علي رضي الله تعالى عنه عن معدن العقل فقال القلب واشراقه الى الدماغ وهو خلاف ما ذكره الحكماء وقول علي أعلى عند العلماء من شرح بدء الامالي للقاري (قوله وهو لا يختلف بهما) فلو جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر أو في الكبر رده لانه عين الاول لان سبب الجنون في حال الصغر والكبر متحد وهو

ابن ملك قنية (والبول في الفراش والسرقة) الا اذا سرق شيأ للأكل من المولى أو يسيرا كفلس أو فلسين ولو سرق عند المشتري أيضا فقطع رجع بربع الثمن لقطعه بالسرقتين جميعا ولو رضي البائع بأخذه رجع بثلاثة أرباع ثمنه عيني (وكلها تختلف صغرا) أي مع التمييز وقدروه بخمس سنين أو ان يأكل ويلبس وحده وتمامه في الجوهرة فلو لم يأكل ولم يلبس وحده لم يكن عيبا ابن ملك (وكبرا) لانها في الصغر لقصور عقل وضعف مثانة عيب وفي الكبر لسوء اختيار وداء باطن عيب آخر فعند اتحاد الحالة بأن ثبت اباقه عند بائعه ثم مشتريه كلاهما في صغره أو كبره له الرد لاتحاد السبب وعند الاختلاف لا لكونه عيبا حادثا كعبد حم عند بائعه ثم حم عند مشتريه ان من نوعه له رده والا لا عيني بقي لو وجده يبول ثم تعيب حتى رجع بالنقصان ثم بلغ هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ ينبغي نعم فتح (والجنون) هو اختلال القوة التي بها ادراك الكليات تلويح وبه علم تعريف العقل انه القوة المذكورة ومعدنه القلب وشعاعه في الدماغ درر (وهو لا يختلف بهما) لاتحاد سببه بخلاف ما مر

فساد الباطن أى باطن الدماغ وهذا معنى قول محمد رحمه الله تعالى والجنون عيب أبدا لا ماقيل ان معناه انه لا تشترط المعاودة للجنون فى يد المشترى فيرد بمجرد وجوده عند البائع فانه غلط لان الله تعالى قادر على ازالته بازالة سببه وان كان قلما يزول فاذا لم يعاوده جاز كون المبيع صدر بعد الازالة فلا يرد بلا تحقق قيام العيب فلا بد من المعاودة وهذا هو الصحيح وهو المذكور فى الاصل والجامع الكبير واختاره الاسبيجابى فتح (قوله وقيل يختلف) فيكون مثل ما مر من الاباق ونحوه فلا بد من تكرره فى الصغر أو فى الكبر وهذا قول ثالث (قوله ومقداره فوق يوم وليلة) جزم به الزيلعى وقيل هو عيب ولو ساعة وقيل المطبق نهر والمطبق بفتح الباء بحر ومر تعريفه فى الصوم (قوله فى الاصح) قد علمت أن مقابله غلط (قوله الا فى ثلاث الخ) فيه أن الكلام فى معاودة الجنون وهذه ليست منه وهى مستثناة من اشتراط المعاودة مطلقا وعبارة البحر الاصل أن المعاودة عند المشترى بعد الوجود عند البائع شرط للرد الا فى مسائل الخ (قوله والتولد من الزنى) بأن يكون الرقيق متولدا من الزنى لكن هذا مما لا تمكن معاودته ط (قوله والولادة) قال فى الفتح اذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع أو عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشترى لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذى حصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفى رواية كتاب البيوع لا ترد اهـ وقوله لا من البائع لانها لو ولدت منه صارت أم ولده فلا يصح بيعها قال فى الشرنبلالية وقوله وان لم تلد ليس المراد ما يوهم الرد بعد ولادتها عند المشترى لامتناعه بتعيبها عنده بالولادة ثانيا مع العيب السابق بها اهـ قلت هذا مسلم ان حصل بالولادة الثانية عيب زائد على الاول فتأمل (قوله فتح) صوابه بحر لانه فى الفتح لم يذكر الا الاخيرة (قوله واعتمده فى النهر) حيث قال وعندى أن رواية البيوع أوجه لان الله تعالى قادر على ازالة الضعف الحاصل بالولادة ثم رأيت فى البزازية عن النهاية الولادة ليست بعيب الا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى اهـ وهذا هو الذى ينبغى أن يعول عليه اهـ كلام النهر أقول الذى رأيته فى نسختين من البزازية وكذا فى غيرها نقلا عنها ما نصه اشتراها وقبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لا من البائع وهو لا يعلم فى رواية المضاربة عيب مطلقا لان التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفى رواية ان نقصتها الولادة عيب وفى البهائم ليست بعيب الا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى اهـ فقوله وفى البهائم كانه وقع فى نسخة صاحب النهر وفى النهاية فظنه تصحيحا للرواية الثانية فى مسألة الجارية وهو تصحيف من الكاتب بنى عليه ما زعمه وليس كذلك فلم يكن فى المسألة اختلاف تصحيح بل التصحيح الثانى لولادة البهيمة فافهم (قوله الحبل عيب الخ) نص على هذا التفصيل فى كافى الحاكم فصار الحبل فى حكم الولادة على ما عرفته وعلله فى السراج بأن الجارية تراد للوطء والتزويج والحبل يمنع من ذلك وأما فى البهائم فهو زيادة فيها (قوله وكذا الأدر) بفتح الهمزة والدال مع القصر أما ممدود الهمزة فهو من به الأدر وفعله كفرح والاسم الادرة بالضم وقوله الانثيين غير شرط بل انتفاخ احدهما كاف فيما يظهر ط (قوله والعنين) الظاهر أن الياء زائدة من النساخ والاصل والعنن بنونين فيكون قوله والخصى بكسر ففتح وعبارة الخانية والعنة عيب وكذا الخصى والادرة (قوله عيب) مصدر يصدق بالمتعدد وغيره فلا ينافى جعله خبرا عن شيئين وعلى كون النسخة العنين والخصى بالتشديد فيهما يكون التقدير ذو عيب (قوله فلا خيار له) لان الخصاء عند الامام فى العبد عيب فكانه شرط العيب فبان سليما وقال الثانى الخصى أفضل لرغبة الناس فيه فيخير بزازية وجزم فى الفتح بقول الثانى ومقتضاه جريان الخلاف أيضا فيما لو شرى الجارية على انها مغنية لان الغناء عيب شرعا كالخصاء كما قدمناه قبيل خيار الرؤية (قوله والبخر) بالموحدة المفتوحة والخاء المعجمة من حد تعب أما بالجيم فانتفاخ ما تحت السرة وهو عيب فى الغلام أيضا وفى الفتح البخر الذى هو العيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح فى الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها اهـ نهر والقلح بالقاف والحاء المهملة محركا صفرة الاسنان كما فى القاموس وهذا أولى مما قيل انه بالفاء والجيم وهو تباعد ما بين الاسنان (قوله والدفر) بفتح الدال المهملة والفاء وسكونها أيضا أما بالذال المعجمة فبفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أو نتن قال فى العناية منه قولهم مسك اذفر وابط ذفر وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب فى الجارية اهـ واصله فى المغرب الا أن كونه مراد الفقهاء لا غير فيه نظر اذ لا يشترط فى كونه عيبا شدته فالاولى كونه بالمهملة فتدبر نهر (قوله

وقيل يختلف قنية ومقداره فوق يوم وليلة ولا بد من معاودته عند المشترى فى الاصح والا فلا رد الا فى ثلاث زنى الجارية والتولد من الزنى والولادة فتح قلت لكن فى البزازية الولادة ليست بعيب الا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى واعتمده فى النهر وفيه الحبل عيب فى بنات آدم لا فى البهائم والجذام والبرص والعمى والعور والحول والصمم والخرس والقروح والامراض عيوب وكذا الأدر وهو انتفاخ الانثيين والعنين والخصى عيب وان اشترى على انه خصى فوجده فحلا فلا خيار له جوهرة

(والبخر) نتن الفم (والدفر) نتن الابط

قوله فيكون قوله والخصى بكسر ففتح يلزم عليه انه مقصور مع انه ممدود ككساء كما فى المصباح وبه تعلم ما فى قوله بعد فى عبارة الخانية وكذا الخصى تأمل اهـ مصححه

وكذا نتن الانف) الظاهر أنه يقال فيه ذفر بالمعجمة ونتن ريح الابط بهما نهر (قوله كلها عيب فيها لافيه) أى فى الجارية لافى الغلام لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعانى تمنع منه بخلاف الغلام لانه للاستخدام وكذا التولد من الزنى لان الولد يعير بالام التى هى ولد الزنى كما فى العزمية عن المعراج (قوله خلاصة) نص عبارتها والاصح أن الامرد وغيره سواء اه وبه سقط ما فى حاشية نوح افندى والوانى انه فى الخلاصة جعل البخر فى الغلام الامرد عيبا فتدبر (قوله بأن يتكرر) لان اتباعهن مخل بالخدمة درر (قوله واللواطة بها) أى بالمرأة بأن كانت تطلب من الناس ذلك (قوله عيب مطلقا) أى مجانا أو بأجر لانه يفسد الفراش بحر (قوله وبه ان مجانا) الظاهر تقييده بما اذا تكرر (قوله لانه دليل الابنة) فى القاموس الابنة بالضم العقدة فى العود والعيب اه والمراد هنا عيب خاص وهو داء فى الدبر تنفعه اللواطة (قوله والكفر) لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه فى بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد لانه زوال العيب هداية زاد فى الشرنبلالية اى ولو كان المشترى كافرا ذكره فى المنبع شرح المجمع والسراج الوهاج كذا بخط العلامة الشيخ على المقدسى اه أى لان الاسلام خير محض وان شرط المشترى الكافر عدمه (قوله بحر بحثا) حيث قال ولم أر مالو وجده خارجا عن مذهب أهل السنة كالمعتزلى والرافضى وينبغى أن يكون كالكافر لان السنى ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضى لان الرافضة يستحلون قتلنا اه وأنت خبير بأن الصحيح فى المعتزلة والرفضة وغيرهم من المبتدعة انه لا يحكم بكفرهم وان سبوا الصحابة أو استحلوا قتلنا بشبهة دليل كالخوارج الذين استحلوا قتل الصحابة بخلاف الغلاة منهم كالقائلين بالنبوة لعلى والقاذفين للصديقة فانه ليس لهم شبهة دليل فهم كفار كالفلاسفة كما بسطناه فى كتابنا تنبيه الولاة والحكام على حكم شاتم خير الانام وقدمنا بعضه فى باب الردة وبه ظهر أن مراد البحر غير الكافر منهم ولذا شبهه بالكافر وبه سقط اعتراض النهر بأن الرافضى الساب للشيخين داخل فى الكافر وكذا ما أجاب به بعضهم من أن مراد البحر المفضل لا الساب فافهم (قوله عيب فيهما) أى فى الجارية والغلام (قوله ولو المشترى ذميا سراج) عبارة السراج على ما فى البحر الكفر عيب ولو اشتراها مسلم او ذمى قال فى البحر وهو غريب فى الذمى اه وكذا قال فى النهر ولم أره فى كلام غير السراج كيف ولا نفع للذمى بالمسلم لانه يجبر على اخراجه عن ملكه اه يعنى أنه لو ظهر مشرى الذمى مسلما ليس له الرد كما قدمناه مع انه لا يمكن من ابقائه على ملكه فاذا ظهر كافرا يكون عدم الرد بالاولى لانه يبقى على ملكه فهو أنفع له من المسلم فكيف يكون كفره عيبا فى حق الذمى دون اسلامه هذا تقرير كلامه فافهم وقد يجاب بأن الاسلام نفع محض شرعا وعقلا فلا يكون عيبا فى حق احد أصلا بخلاف الكفر فانه أقبح العيوب شرعا وعقلا فهو عيب محض فى حق الكل ولذا قال المصنف فى المنح بعد ما مر عن البحر أقول ليس بغريب لما علم من أن العيب ما ينقص الثمن عند التجار ولا شك أن الكفر بهذه المثابة لان المسلم ينفر عنه وغيره لا يرغب فى شرائه لعدم الرغبة فيه من الكل وهو أقبح العيوب لان المسلم ينفر عن صحبته ولا يصلح للاعتاق فى بعض الكفارات فتختل الرغبة اه قلت ويؤيده انها لو ظهرت مغنية له الرد مع أن بعض الفسقة يرغب فيها ويزيد فى ثمنها لانه عيب شرعا وكذا لو ظهر الامرد ابخر ليس له الرد مع انه عيب عند بعض الفسقة لكنه ليس بعيب شرعا لانه لا يخل بالاستخدام وان اخل بغرض المشترى الفاسق نعم يشكل عليه ما فى الخانية يهودى باع يهوديا زيتا وقعت فيه قطرات خمر جاز البيع وليس له الرد لان هذا ليس بعيب عندهم اه تأمل (قوله وعدم الحيض) لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان الحيض مركب فى بنات آدم فاذا لم تحض فالظاهر انه لداء فيها وذلك الداء هو العيب وكذا الاستحاضة لداء فيها زيلعى (قوله وعندهما خمسة عشر) وبقولهما يفتى ط فانقطاع الحيض لا يكون عيبا الا اذا كان فى أوانه أما انقطاعه فى سن الصغر أو الاياس فلا اتفاقا كما فى البحر عن المعراج قال فى النهر ويجب أن يكون معناه اذا اشتراها عالما بذلك وفى المحيط اشتراها على انها تحيض فوجدها لا تحيض ان تصادقا على انها لا تحيض بسبب الاياس فله الرد لانه عيب لانه اشتراها للحبل والآيسة لا تحبل اه قلت ما فى المحيط ظاهر لانه حيث اشترط حيضها كان فوات الوصف المرغوب أما اذا لم يشترطه فالظاهر انها لا ترد لما قدمناه عن البزازية لو وجد الدابة كبيرة السن لا ترد الا اذا شرط صغرها فتدبر وفى القنية وجدها تحيض كل ستة أشهر مرة فله الرد (قوله ويعرف بقولها الخ) قال فى الهداية ويعرف ذلك

وكذا نتن الانف بزازية والزنى والتولد منه) كلها عيب (فيها) لا فيه ولو أمرد فى الاصح خلاصة (الا أن يفحش الاولان فيه) بحيث يمنع القرب من المولى (أو يكون الزنى عادة له) بأن يتكرر أكثر من مرتين واللواطة بها عيب مطلقا وبه ان مجانا لانه دليل الابنة وان بأجر لا قنية وفيها شرى حمارا تعلوه الحمران طاوع فعيب والا لا وأما التخنث بلين صوت وتكسر مشى فان كثر رد لا ان قل بزازية (والكفر) باقسامه وكذا الرفض والاعتزال بحر بحثا عيب (فيهما) ولو المشترى ذميا سراج (وعدم الحيض) لبنت سبعة عشر وعندهما خمسة عشر ويعرف بقولها اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح ملتقى

ولا تسمع فى أقل من ثلاثة أشهر عند الثانى

بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح اهـ ومثله فى متن الملتقى وذكر الزيلعى تبعا للنهاية وغيرها من شروح الهداية انه لا تسمع دعواه بأنه ارتفع حيضها الا اذا ذكر سببه وهو الداء أو الحبل فان لم يذكر أحدهما لا تسمع دعواه ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ويستحلف البائع مع ذلك فترد بنكوله لو بعد القبض وكذا قبله فى الصحيح وعن أبى يوسف ترد بلا يمين البائع قالوا فى ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه كما فى الكافى والمرجع فى الحبل الى قول النساء وفى الداء الى قول الاطباء واشترط لثبوت العيب قول عدلين منهم اهـ ملخصا واعترضهم فى الفتح بأن اشتراط ذكر السبب مناف لتقرير الهداية بانه يعرف بقول الامة وكذا قال العتابى وغيره وهو الذى يجب أن يعول عليه اذ لو لزم دعوى الداء او الحبل لم يتصور أن يثبت بقولها توجه اليمين على البائع بل لا يرجع الا الى قول الاطباء أو النساء واذا لم يتعرض له فقيه النفس قاضى خان فظهر أن اشتراطه قول مشايخ آخرين يغلب على الظن خطؤهم اهـ ملخصا واعترضه فى البحر بأن قاضى خان صرح أولا بالاشتراط نقلا عن الامام ابن الفضل ثم نقل عنه أيضا بعد صفحة ما عزاه صاحب الفتح الى الخانية ولا منافاة بين قولهم يعتبر قول الامة وقولهم والمرجع الى النساء فى الحبل والى الاطباء فى الداء لان الاول انما هو لاجل انقطاع الدم لتتوجه الخصومة الى البائع فاذا توجهت اليه بقولها وعين المشترى انه عن حبل رجعنا الى النساء العالمات بالحبل لتتوجه اليمين على البائع وان عين انه عن داء رجعنا الى قول الاطباء كذلك كما لا يخفى اهـ لكن قال فى النهر ورأيت فى المحيط أن اشتراط ذكر السبب رواية النوادر وعليه يحمل ما فى الخانية اهـ ومقتضاه تعين الرجوع الى قول الامة لكن ينافيه ما مر من قوله قالوا ظاهر الرواية انه لا يقبل قولها فيه الا أن يقال ان لفظ قالوا يشير الى الضعف ونقل العلامة المقدسى عن الرئيس الشيخ قاسم انه ذكر عبارتى الخانية وقال ان الثانية أى التى اقتصر عليها فى الفتح أوجه قلت وهذا ترجيح منه لما اختاره فى الفتح واليه يشير كلام النهر ايضا (تنبيه) فى صفة الخصومة فى ذلك أما على ما ذكره الشراح فهى انه بعد بيان السبب والرجوع الى النساء أو الاطباء ومضى المدة الآتى بيانها يسأل القاضى البائع فان صدق المشترى ردها عليه وان قال هى كذلك للحال وما كانت كذلك عندى توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال فللمشترى تحليفه فان حلف برئ والا ردت عليه وان أنكر الانقطاع للحال لا يستحلف عنده وعندهما يستحلف قال فى النهاية ويجب كونه على العلم بالله ما يعلم انقطاعه عند المشترى وتعقبه فى الفتح بأنه لو حلف كذلك لا يكون الا بارا اذ من أين يعلم انها لم تحض عند المشترى اهـ وأما صفتها على ما صححه فى الفتح فقال بأن يدعى الانقطاع للحال ووجوده عند البائع فان اعترف البائع به ردت عليه وان اعترف به للحال وأنكر وجوده عنده اهـ تخيرت الجارية فان ذكرت انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده فان نكل ردت عليه وان اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع للحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع لا يستحلف عنده وعندهما يستحلف اهـ (قوله ولا تسمع فى أقل من ثلاثة أشهر عند الثانى) اعلم أن الزيلعى ذكر هنا أيضا تبعا لشراح الهداية انه لو ادعى انقطاعه فى مدة قصيرة لا تسمع دعواه وفى المديدة تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبى يوسف وأربعة أشهر وعشر عند محمد وعن أبى حنيفة وزفر انها سنتان اهـ وفى رواية تسمع دعوى الحبل بعد شهرين وخمسة أيام وعليه عمل الناس بزازية وغيرها وذكر فى البحر أن ابتداء المدة من وقت الشراء ورجح فى الفتح ما فى الخانية من تقديرها بشهر ورد عليه فى البحر بأنه خبط عجيب وغلط فاحش لانه لا اعتبار بما فى الخانية مع صريح النقل عن أئمتنا الثلاثة وأقره فى النهر قلت وهو مدفوع فقد قال فى الذخيرة أما اذا ادعى المشترى انقطاع حيضها وأراد ردها بهذا السبب لا يوجد لهذا رواية فى المشاهير ثم قال بعد كلام ويحتاج بعد هذا الى بيان الحد الفاصل بين المدة اليسيرة والكثيرة قالوا ويجب أن يكون هذا كمسألة مدة الاستبراء اذا انقطع الحيض والروايات فيها مختلفة ثم ذكر الروايات السابقة فعلم أن ما ذكروه هنا من المدة انما ذكروه بطريق القياس على مسألة استبراء ممتدة الطهر وقد نبه على ذلك المحقق صاحب الفتح ورد القياس بابداء الفارق بين المسألتين فانه نقل ما فى الخانية من تقدير المدة بشهر ثم قال وينبغى أن يعول عليه وما تقدم هو خلاف بينهم فى استبراء ممتدة الطهر والرواية هنالك تستدعى ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيض لاحتمال الحبل فيكون ماؤه ساقيا زرع غيره فقدره أبو حنيفة وزفر بسنتين لانه أكثر مدة الحمل وهو أقيس وقدره محمد وأبو حنيفة فى رواية بعدة الوفاة لانه يظهر فيها الحبل غالبا

وأبو يوسف بثلاثة أشهر لانها عادة من لا تحيض وفي رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى والحكم هنا ليس الا كون الامتداد عيبا فلا يتجه ان اطلته بسنتين أو غيرهما من المدد اه ملخصا فقد ظهر لك انه لا يصح في مسألتنا دعوى النقل عن ائمتنا الثلاثة لان المنقول عنهم ذلك انما هو في مسألة الاستبراء المذكورة أما مسألة العيب فلا ذكر لها في المشاهير وانما اختلف المشايخ فيها قياسا على مسألة الاستبراء والامام فقيه النفس قاضي خان اختار تقدير المدة بشهر لتتوجه الخصومة بالعيب المذكور لانه يظهر للقوابل أو للاطباء في شهر فلا حاجة الى الاكثر ورجحه خاتمة المحققين وهو من أهل الترجيح فالقول بأنه خبط عجيب هو العجيب فاغتنم هذا التحقيق والله تعالى ولي التوفيق (قوله والاستحاضة) بالجر عطفا على المضاف الذي هو عدم ط (قوله والسعال القديم) أي اذا كان عن داء فأما القدر المعتاد منه فلا فتح وظاهره أن الحادث غير عيب ولو وجد عندهما لكن المنظور اليه كونه عن داء لا القدم ولذا قال في الفصولين السعال عيب ان فحش والا فلا أفاده في البحر (قوله والدين) لان ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى وكذا لو في رقبته جناية قال في السراج لانه يدفع فيها فتستحق رقبته بذلك وهذا يتصور فيما لو حدثت بعد العقد قبل القبض فلو قبل العقد فبالبيع صار البائع مختارا للفداء ولو قضى المولى الدين قبل الرد سقط الرد لزوال الموجب له اه وكذا لو أبرأه الغريم بزازية وفي القنية الدين عيب الا اذا كان يسيرا لا يعد مثله نقصانا بحر (قوله لا المؤجل لعتقه) اللام بمعنى الى والمراد الذي تتأخر المطالبة به الى ما بعد عتقه كدين لزمه بالمبايعة بلا اذن المولى (قوله لكن عم الكمال) هو بحث منه مخالف للنقل بحر (قوله وعلله بنقصان ولائه وميراثه) لم يظهر وجه نقصان الولاء الا أن يراد نقصان الولاء بنقصان ثمرته وهي الميراث تأمل اه ح (قوله كسبل) هو داء في العين يشبه غشاوة كأنها نسج العنكبوت بعروق حمر اه ح عن جامع اللغة (قوله وحوص) بفتحتين والحاء والصاد مهملتان ضيق في آخر العين وبابه ضرب ح عن جامع اللغة ونحوه في القاموس والمصباح وفي الفتح انه نوع من الحول (قوله بثر) بضم الباء وتسكين المثلثة يفرق بينه وبين واحده بالتاء ويذكر لكونه اسم جنس ويؤنث نظرا الى الجمعية فانه اسم جنس وضعا جمعي استعمالا على المختار ط (قوله والاصبعان عيبان الخ) أي قطعهما فلو باعها بشرط البراءة من عيب واحد في يدها فاذا هي مقطوعة اصبع واحدة برئ لا لو أصبعين لانهما عيبان وان كانت الاصابع كلها مقطوعة مع نصف الكف فهو عيب واحد ولو مقطوعة الكف لا يبرأ لان البراءة عن عيب اليد والعيب يكون حال قيامها لا حال عدمها كما في الخانية ومفاده انه لو لم يقل في يدها يبرأ لو مقطوعة الكف وعليه يحمل كلام الشارح وكان الانسب ذكر هذه المسألة فيما سيأتي عند ذكر اشتراط البراءة (قوله والشيب) ومثله الشمط وهو اختلاط البياض بالسواد وعللوه بأنه في أوانه للكبر وفي غيره أوانه للداء قال في جامع الفصولين أقول جعل الكبر هنا عيبا الا في عدم الحيض حتى لو ادعى عدم الحيض للكبر يسمع على ما يدل عليه ما مر من قوله لا تسمع دعوى عدم الحيض الا أن يدعيه بحبل أو داء وبينهما منافاة اه (قوله وشرب خمر جهرا) أي مع الادمان فلو على الكتمان أحيانا فليس بعيب كما في جامع الفصولين أي لانه لا ينقص الثمن وان كان عيبا في الدين (قوله ان عد عيبا) كقمار بنرد وشطرنج ونحوهما الا ان كان لا يعد عيبا عرفا كقمار بجوز وبطيخ جامع الفصولين فالمدار على العرف (قوله لو كبيرين مولدين) بخلافه في الصغيرين وفي الجالب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا قال في الخانية وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجارية لا يكون عيبا بحر (قوله وعدم نهق حمار) لانه يدل على عيب فيه ط (قوله وقلة أكل دواب) احتراز عن الانسان فكثرته فيه عيب وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك انه لا فرق اذا أفرط فتح (قوله ونكاح) أي في العبد والجارية خانية لان العبد يلزمه نفقة الزوجة والجارية يحرم وطؤها على السيد قال في الخانية وكذا لو كانت الجارية في العدة عن طلاق رجعي لا عن طلاق بائن والاحرام ليس بعيب فيهما وكذا لو كانت محرمة عليه برضاع أو صهرية (قوله وكذب ونميمة) ينبغي تقييدهما بالكثير المضر (قوله وترك صلاة) وكذا غيرها من الذنوب بحر (قوله لكن في القنية الخ) يؤيده ما في جامع الفصولين رامزا الى الاصل الزنى في القن ليس بعيب لانه نوع فسق فلا يوجب خللا ككونه آكل الحرام أو تارك الصلاة اه فافهم (قوله ينبغي أن يتمكن من الرد الخ) أقره في البحر والنهر

وفي

(والاستحاضة والسعال القديم) لا المعتاد (والدين) الذي يطالب به في الحال لا المؤجل لعتقه فانه ليس بعيب كما نقله مسكين عن الذخيرة لكن عمم الكمال وعلله بنقصان ولائه وميراثه (والشعر والماء في العين وكذا كل مرض فيها) فهو عيب معراج كسبل وحوص وكثرة دمع (والثؤلول) بمثلثة كزنبور بثر صغار صلب مستدير على صور شتى جمعه ثآليل قاموس وقيده بالكثرة بعض شراح الهداية (وكذا الكي) عيب (لو عن داء والا لا) وقطع الاصبع عيب والاصبعان عيبان والاصابع مع الكف عيب واحد والعسر وهو من يعمل بيساره فقط الا أن يعمل باليمين أيضا كعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه والشيب وشرب خمر جهرا وقمار ان عد عيبا وعدم ختانهما لو كبيرين مولدين وعدم نهق حمار وقلة أكل دواب ونكاح وكذب ونميمة وترك صلاة لكن في القنية تركها في العبد لا يوجب الرد وفيها لو ظهر أن الدار مشؤمة ينبغي أن يتمكن من الرد لان الناس لا يرغبون فيها

قوله وكذا غيرها من الذنوب هكذا بخطه ولعل الاولى وكذا غيره اي الترك او وكذا غيرها من الفرائض مثلا تأمل اه مصححه

وفى الولوالجية والهتوع عيب وهومأخوذ من الهتعة وهى دائرة بيضاء تكون فى صدر الحيوان الى جانب نحره يتشاءم به فيوجب نقصانا فى الثمن بسبب تشاؤم الناس اه (قوله لو على الذقن الخ) عبارة البحر وكذا الخال ان كان قبيحا منقصا اه وفى البزازية والخال والثؤلول لو فى موضع مخل بالزينة أما فى موضع لا يخل بها كتحت الابط والركبة لا (قوله والعيوب كثيرة) منها الادرة فى الغلام والعفلة وهى ورم فى فرج الجارية والسن الساقطة والخضراء والسوداء ضرسا أولا واختلف فى الصفرة ومنها الظفر الاسود ان نقص القيمة وعدم استمساك البول والحرن فى الدابة وهو أن تقف ولا تنقاد والجموح وهو أن لا تقف عند الالجام وخلع الرسن واللجام وكذا لو اشترى كرما فوجد فيه ممرا أو مسيلا للغير أو كان مرتفعا لا يصل اليه الماء الا بالسكر أولا شرب له بزازية وذكر فى البحر زيادة على ذلك فراجعه (قوله حدث عيب آخر عند المشترى) من ذلك ما اذا اشترى حديدا ليتخذ منه آلات النجارين وجعله فى الكور ليجربه بالنار فوجده عيبا ولا يصلح لتلك الآلات يرجع بالنقصان ولا يرده ومنه أيضا بل الجلود أو الابريسم فانه عيب آخر يمنع الرد وتمامه فى البحر (قوله بغير فعل البائع) ومثله الاجنبى فبقى كلام المصنف شاملا لما اذا كان بفعل المشترى أو بفعل المعقود عليه أو بآفة سماوية ففى هذه الثلاث لا يرده بالعيب القديم لانه يلزم رده بعيبين وانما يرجع بحصة العيب الا اذا رضى البائع به ناقصا أفاده فى البحر (قوله فلو به) أى بفعل البائع ومثله الاجنبى وقوله بعد القبض يغنى عنه قول المصنف عند المشترى لكنه صرح به ليقابله بقوله وأما قبله فافهم (قوله رجع بحصته) أى حصة العيب الاول وامتنع الرد بحر (قوله ووجب الارش) أى ارش العيب الحادث بفعل البائع فحينئذ يرجع على البائع بشيئين الاول حصة العيب الاول من الثمن والثانى ارش العيب الثانى ط ولو كان العيب الثانى بفعل أجنبى رجع بالارش عليه (قوله وأما قبله الخ) أى وأما اذا كان حدوث العيب الثانى بفعل البائع قبل القبض خير المشترى سواء وجد به عيبا أولا بين أخذه أى مع طرح حصة النقصان من الثمن وبين رده وأخذ كل الثمن وكذا لو كان بآفة سماوية أو بفعل المعقود عليه فانه يرده بكل الثمن أو يأخذه ويطرح عنه حصة جناية المعقود عليه وكذا لو كان بفعل أجنبى فانه يخير ولكنه ان اختار الاخذ يرجع بالارش على الجانى وان كان بفعل المشترى لزمه بجميع الثمن وليس له أن يمسكه ويطالب النقصان أفاده فى البحر وقوله ويطرح عنه حصة جناية المعقود عليه ظاهره انه لا يطرح عنه شئ لو النقصان بآفة سماوية ثم رأيت فى جامع الفصولين قال ولو بآفة سماوية فان كان النقصان قدرا يطرح عن المشترى حصته من الثمن وهو مخير فى الباقى أخذه بحصته أو تركه ككون المبيع كيليا أو وزنيا أو عدديا متقاربا وفات بعض من القدر وان كان النقصان وصفا لا يطرح عن المشترى شئ من الثمن وهو مخير أخذه بكل ثمنه أو تركه والوصف مايدخل فى المبيع بلا ذكر كشجر وبناء فى الارض واطراف فى الحيوان وجودة فى الكيلى والوزنى اذ الاوصاف لا قسط لها من الثمن الا اذا ورد عليها الجناية أو القبض يعنى اذا قبض ثم استحق شئ من الاوصاف يرجع بحصته من الثمن اه (قوله بكل الثمن) متعلق بقوله أورده ولا يصح تعلقه أيضا بقوله فله أخذه أفاده ح (قوله مطلقا) أى سواء وجد به عيبا أولا ح ومثله مامر عن البحر ولا يخفى أن المراد العيب القديم والا فالكلام فيما اذا حدث به عيب وأشار الى أن حدوثه قبل القبض بفعل كاف فى التخيير بين الاخذ والرد سواء كان به عيب قديم أولا فافهم (قوله فالقول للبائع) لا يناسب قوله ولو برهن الخ فكان المناسب أن يقول أولا ولو ادعى البائع حدوثه الخ أفاده ح (قوله الا فى بلد العقد) الاولى أن يقول فى موضع العقد ليشمل مالو نقله الى بيته فى بلد العقد وأشار الى أن تحميله بمنزلة حدوث عيب لما فيه من مؤنة الرد الى موضع العقد لكن هذا العيب غير مانع لان مؤنة الرد على المشترى فلا ضرر فيه على البائع وقدمنا الكلام على هذه المسألة اول باب خيار الرؤية (قوله رجع بنقصانه) بأن يقوم بلا عيب ثم مع العيب وينظر فى التفاوت فان كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن وان كان اقل أو اكثر فعلى هذا الطريق حتى لو اشتراه بعشرة وقيمته مائة وقد نقصه العيب عشرة رجع بعشر الثمن وهو درهم قال البزازى وفى المقايضة ان كان النقصان عشر القيمة رجع بنقصان ما جعل ثمنا يعنى ما دخل عليه الباء ولا بد أن يكون المقوم اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمشترى والمقوم الاهل فى كل حرفة ولو زال الحادث كان له رد المبيع مع النقصان وقيل لا وقيل ان كان بدل النقصان قائما رد والا لا كذا فى القنية والاول بالقواعد

وفى المنظومة المحبية والخال عيب لو على الذقن او الشفة لا الخد والعيوب كثيرة بر أنا الله منها (حدث عيب آخر عند المشترى) بغير فعل البائع فلو به بعد القبض رجع بحصته من الثمن ووجب الارش وأما قبله فله اخذه أو رده بكل الثمن مطلقا ولو برهن البائع على حدوثه والمشترى على قدمه فالقول للبائع والبينة للمشترى ولا يرد جبرا ما له حمل ومؤنة الا فى بلد العقد بحر (رجع بنقصانه)

اليق نهر (قوله الافيما استثنى) أى من المسائل الست المتقدمة اول الباب ط وقد علمت مافيها وكتبنا هناك مسائل أخر منها ما يأتى قريبا فى كلام المصنف من مسألة البعير وغيرها وفى فتح القدير ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشترى أما اذا كان بفعل من جهته كذلك كأن قتل المبيع أو باعه او وهبه وسلمه او أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشترى خطأ لانه لما وصل البدل اليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبدل فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع (قوله ومنه مالو شراه تولية) هذه احدى مسألتين ذكرهما فى البحر بقوله يستثنى مسألتان احداهما بيع التولية لو باع شيأ تولية ثم حدث به عيب عند المشترى وبه عيب قديم لا رجوع ولا رد لانه لو رجع صار الثمن الثانى انقص من الاول وقضية التولية أن يكون مثل الاول الثانية لو قبض المسلم فيه فوجد به عيبا كان عند المسلم اليه وحدث به عيب عند رب السلم قال الامام يخير المسلم اليه ان شاء قبله معيبا بالعيب الحادث وان شاء لم يقبل ولا شئ عليه من رأس المال ولا من نقصان العيب لانه لو غرم نقصان العيب من راس المال كان اعتياضا عن الجودة فيكون ربا اه ملخصا (قوله اوخاطه لطفله) الاولى أن يقول اوقطعه لطفله لان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لطفله وخاطه صار مملكا له بالقطع قبل الخياطة فاذا وجد به عيبا لا يرجع بنقصانه أما لو كان الولد كبيرا يرجع بالعيب لانه لا يصير ملكا له الا بقبضه فاذا خاطه قبل القبض امتنع الرد بالخياطة فاذا حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم لا يمتنع الرجوع بالنقصان بناء على ما سيأتى من أن كل موضع للبائع اخذه معيبا لا يرجع باخراجه عن ملكه والا رجع ففى الاول اخرجه عن ملكه قبل امتناع الرد وفى الثانى بعده اذ ليس للبائع اخذه معيبا بعد الخياطة كما يأتى وتمامه فى الزيلعى وبما قررناه ظهر أن التقييد بالخياطة تبعا للهداية احترازى فى الكبير اتفاقى فى الصغير كما نبه عليه فى البحر (قوله اورضى به البائع) يعنى انه لو أراد الرجوع بنقصان العيب ورضى البائع بأخذه منه معيبا امتنع رجوع المشترى بالنقصان بل اما أن يمسكه بلا رجوع واما أن يرده لا يقال لا حاجة الى هذه المسألة مع قول المتن وله الرد برضى البائع لان ما فى المتن لبيان انه مخير بين الرجوع بالنقصان والرد برضى البائع وهذا لا يدل على أن رضى البائع بالرد يبطل اختيار المشترى الرجوع بالنقصان فلذا ذكر الشارح هذه المسألة فى مبطلات الرجوع فلله دره بما حواه دره فافهم (قوله وله الرد برضى البائع) لان فى الرد اضرارا بالبائع لكونه خرج عن ملكه سالما عن العيب الحادث فتعين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى بالضرر فيخير المشترى حينئذ بين الرد والامساك من غير رجوع بنقصان وهذا المعنى لا يستفاد من المتن فلو قال ولم يرجع بنقصان لكان اولى نهر قلت وقد أفاد الشارح هذا المعنى بذكر المسألة التى قبله كما قررناه آنفا ثم ان مقتضى قولهم الا أن يرضى بالضرر أن المشترى يرجع عليه بجميع الثمن كاملا وبه صرح القهستانى حيث قال غير طالب أى البائع لحصة النقصان اه فدل على أن البائع ليس له طلب حصة النقصان الحادث فيرد كل الثمن ثم رأيته أيضا فى حاشية نوح افندى حيث قال لسقوط حقه برضاه بالضرر فلا يرجع على المشترى بنقصان العيب الحادث اه ولينظر الفرق بين هذا وبين ما قدمه الشارح عن العينى عند قوله والسرقة (تنبيه) اشار المصنف باشتراط رضى البائع الى فرع فى القنية لو رد المبيع بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو نقايلا ثم ظفر البائع بعيب حدث عند المشترى فللبائع الرد اه يعنى لعدم رضاه به اولا وفى البزازية رده المشترى بعيب وعلم البائع بحدوث عيب آخر عند المشترى رده على المشترى مع ارش العيب القديم أو رضى بالمردود ولا شئ به وان حدث فيه عيب آخر عند البائع رجع البائع على المشترى بأرش العيب الثانى الا أن يرضى أن يقبله بعيبه الثالث أيضا اه بحر هذا وسيذكر المصنف انه يعود الرد بالعيب القديم بعد زوال العيب الحادث (قوله الا لمانع عيب) أى الا لعيب مانع من الرد كما لو قتل المبيع عند المشترى رجلا خطأ ثم ظهر أنه قتل آخر عند البائع فقبله البائع بالجنايتين لا يجبر المشترى على ذلك وانما يرجع بالنقصان على الجناية الاولى دفعا للضرر عنه لانه لو رده على بائعه كان مختارا للفداء فيهما وكما لو اشترى عصيرا فتخمر بعد قبضه ثم وجد فيه عيبا لا يرده وان رضى البائع وانما يرجع بالنقصان كذا فى النهر ح (قوله اوزيادة) أى أو الا لزيادة مانعة كما سيأتى فى نحو الخياطة ح ثم اعلم أن الزيادة فى المبيع اما قبل القبض أو بعده وكل منهما نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان

الافيما استثنى ومنه مالو شراه تولية أو خاطه لطفله زيلعى أورضى به البائع جوهرة

(وله الرد برضى البائع) الا لمانع عيب أو زيادة

مطلب فى انواع زيادة المبيع

متولدة كسمن وجمال فلا تمنع الرد قبل القبض وكذا بعده فى ظاهر الرواية وللمشترى الرجوع بالنقصان
وليس للبائع قبوله عندهما وعند محمد له ذلك وغير متولدة كغرس وبناء وصبغ وخياطة فتمنع الرد مطلقا
والمنفصلة نوعان متولدة كالولد والثمر والارش فقبل القبض لا تمنع فان شاء ردهما اورضى بهما بجميع الثمن
وبعد القبض يمتنع الرد ويرجع بحصة العيب وغير متولدة ككسب وغلة وهبة وصدقة فقبل القبض لا تمنع الرد
فاذا رد فهى للمشترى بلا ثمن عنده ولا تطيب له وعندهما للبائع ولا تطيب له وبعد القبض لا تمنع الرد أيضا
وتطيب له الزيادة وتمامه فى البحر عن القنية وحاصله أنه يمتنع الرد فى موضعين فى المتصلة الغير المتولدة مطلقا
وفى المنفصلة المتولدة لو بعد القبض كما فى البزازية وغيرها ووقع فى الفتح أن المنفصلة المتولدة تمنع الرد لكنه قال
بعده انه قبل القبض يخير كما مر وبعد القبض يرد المبيع وحده بحصته من الثمن واعترضه فى البحر بأنه سهو اذ
هذا التفصيل لا يناسب قوله تمنع الرد وانما يناسب الرد وهو خلاف ما مر عن القنية والبزازية وغيرهما
وذكر نحوه فى نور العين وأجاب فى النهر بأن قول الفتح تمنع الرد معناه تمنع رد الاصل وحده قلت ولا يخفى
ما فيه فان قول الفتح وبعد القبض يرد المبيع وحده ينافيه وقد صرح فى الذخيرة أيضا بأنه لا يرده لان الولد يصير
ربا لكونه صار للمشترى بلا عوض بخلاف غير المتولدة كالكسب لانها لم تتولد من المبيع بل من منافعه فلم
تكن مبيعة فامكن أن تسلم للمشترى مجانا أما الولد فانه مبيع من وجه لتولده من المبيع فله حصة فلو سلم
للمشترى مجانا كان ربا ونحوه فى الزيلعى (قوله كأن اشترى ثوبا) تمثيل لاصل المسألة لا للزيادة قال
فى البحر وهو تكرار لان رجوعه وجواز رده برضى بائعه فى الثوب من أفراد ما قدمه ولم تظهر فائدة لافراد
الثوب الا ليرتب عليه مسألة ما اذا خاطه فانه يمتنع الرد ولو برضاه اه ط (قوله فقطعه) ووطء الجارية
كالقطع بكرا كانت أو ثيبا نهر وستأتى مسألة الجارية فى المتن (قوله فاطلع على عيب) ذكر الفاء يفيد أن
القطع لو كان بعد الاطلاع على العيب لا يرجع بالنقصان ووجهه ظاهر فليراجع اه ح ويشهد له قول
المصنف الآتى واللبس والركوب والمداواة رضى بالعيب الخ (قوله فاسدا) الاولى فاسدة (قوله لا يرجع
لافساد ماليته) اشار به الى الفرق بين هذه المسألة وما قبلها وهو أن النحر افساد للمالية لصيرورة المبيع
به عرضة للنتن والفساد ولذا لا يقطع السارق به فاختل معنى قيام المبيع كما فى النهر ح وعدم الرجوع قول
الامام وفى الخانية وجامع الفصولين لو اشترى بعيرا فلما ادخله داره سقط فذبحه فظهر عيبه يرجع بنقصانه
عندهما وبه أخذ المشايخ كما لو اكل طعاما فوجد به عيبا ولو علم عيبه قبل الذبح فذبحه لا يرجع اه قال فى
البحر وفى الواقعات الفتوى على قولهما فى الاكل فكذا هنا اه قال الخير الرملى ويجب تقييد المسألة
بما اذا نحره وحياته مرجوة أما اذا أيس من حياته فله الرجوع بالنقصان عند الامام أيضا لان النحر فى هذه
الحالة ليس افسادا للمالية تأمل اه (قوله كما لا يرجع لو باع المشترى الثوب الخ) أى اخرجه عن ملكه
والبيع مثال فمثله ما لو وهبه او أقر به لغيره ولا فرق بين ما اذا كان بعد رؤية العيب أو قبله كما فى الفتح
وسواء كان ذلك لخوف تلفه أولا حتى لو وجد السمكة المبيعة معيبة وغاب البائع بحيث لو انتظره لفسدت فباعها
لم يرجع أيضا بشىء كما فى القنية نهر ثم اعلم أن البيع ونحوه مانع من الرجوع بالنقصان سواء كان بعد حدوث
عيب عند المشترى أو قبله الا اذا كان بعد زيادة كخياطة ونحوها كما يأتى ولذا قال فى المحيط ولو أخرج المبيع
عن ملكه بحيث لا يبقى لملكه اثر بأن باعه او وهبه أو أقر به لغيره ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان وكذا لو باع
بعضه وان تصرف تصرفا لا يخرجه عن ملكه بأن آجره او رهنه او كان طعاما فطحنه او سويقا فلته بسمن
او بنى فى العرصة او نحوه ثم علم بالعيب فانه لا يرجع بالنقصان الا فى الكتابة بحر لكن فى جامع الفصولين شراه
فآجره فوجد عيبه فله نقض الاجارة ورده بعيبه بخلاف رهنه من غيره فانه يرده بعد فكه اه والظاهر أن
ما فى المحيط من عدم رجوعه بالنقصان بعد الاجارة والرهن المراد به اذا رضيه البائع معيبا فحينئذ لا يرجع بل
يرده تأمل (قوله أو بعضه) ظاهره انه ليس له رد ما بقى لتعيبه بالقطع او الشركة وكذا ليس له الرجوع
بنقصان الباقى كما يفيده ما نقلناه عن المحيط ثم رأيت فى القهستانى لو باع بعضه لم يرجع بالنقصان بحصة ما باع
وكذا بحصة ما بقى على الصحيح ولم يرده عنده كما فى المحيط اه وهذا بخلاف ما لو كان أثوابا فباع بعضها
فان له رد الباقى كما مر متنا قبيل هذا الباب وسيأتى أيضا فى قوله اشترى عبدين الخ وبخلاف ما لو كان المبيع

(كأن اشترى ثوبا فقطعه فاطلع على عيب رجع به) أى بنقصانه لتعذر الرد بالقطع (فان قبله البائع كذلك له ذلك) لانه اسقط حقه (ولو اشترى بعيرا فنحره فوجد أمعاءه فاسدا لا) يرجع لافساد ماليته (كما) لا يرجع (لو باع المشترى الثوب) كله أو بعضه أو وهبه (بعد القطع)

قوله اوقبله هكذا بخطه والاولى أوقبلها اى رؤية العيب اه مصححه

طعاما ويأتي الكلام عليه (قوله لجواز رده مقطوعا لا مخيطا) يعني أن الرد بعد القطع غير ممتنع برضى البائع فلما باعه المشترى صار حابسا للمبيع بالبيع فلا يرجع بالنقصان لكونه صار مفوتا للرد بخلاف ما لو خاطه قبل العلم بالعيب ثم باعه فانه لا يبطل الرجوع بالنقصان لان الخياطة مانعة من الرد كما يأتي فبيعه بعد امتناع الرد لا تأثير له لانه لم يصر حابساله بالبيع كما افاده الزيلعي وغيره والاصل كما في الذخيرة انه في كل موضع امكن المشترى رد المبيع القائم في ملكه على البائع برضاه أو بدونه فاذا ازاله عن ملكه ببيع أوشبهه لا يرجع بالنقصان وفي كل موضع لا يمكنه رده على البائع فاذا ازاله عن ملكه يرجع بالنقصان ونحوه في الزيلعي وبنى عليه مسألة مالو خاط الثوب لطفله وقدمرت (قوله وخاطه) اشار به مع ماعطف عليه الى الزيادة المتصلة الغير المتولدة وقدمنا بيانها (قوله بأى صبغ كان) ولو أسود وعند أبي حنيفة السواد نقصان فيكون للبائع أخذه وهو اختلاف زمان اهـ ح (قوله اولت السويق بسمن) أي خلطه به ومثله لو اتخذ الزيت المبيع صابونا وهي واقعة الحال رملي (قوله أو غرس أو بنى) أي في الارض المبيعة ط (قوله ثم اطلع على عيب) أي في السويق أو الثوب بعد هذه الاشياء منح قال ح وهو يفيد أن الزيادة لو كانت بعد الاطلاع على العيب لا يرجع بالنقصان ووجهه ظاهر ويدل عليه أيضا قول مسكين ولم يكن عالما وقت الصبغ واللت اهـ (قوله بسبب الزيادة) لانه لا وجه للفسخ في الاصل دونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لحق الشرع الخ (قوله لحصول الربا) فان الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته ولشبهة الربا حكم الربا فتح وبه اندفع ما في الدر المنتقى عن الواني من قوله وفيه أن حرمة الربا بالقدر والجنس وهما مفقودان ههنا فتأمل اهـ ويوضح الدفع قوله في العزمية انه كلام غير محرر فان الربا ليس بمنحصر عندهم في الصورة المذكورة لقولهم ان الشروط الفاسدة من الربا وهي في المعاوضات المالية وغيرها لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيها فضل خال عن العوض وهو الربا كما في الزيلعي وغيره قبيل كتاب الصرف (قوله اى الممتنع رده في هذه الصور) اى صور الزيادة المتصلة من خياطة ونحوها وأفاد أن امتناع الرد سابق على البيع بسبب الزيادة فتقرر بها الرجوع بالنقصان قبل البيع فيبقى له الرجوع بعد البيع أيضا وان كان البيع بعد رؤية العيب قال في الفتح واذا امتنع الرد بالفسخ فلو باعه المشترى رجع بالنقصان لان الرد لما امتنع لم يكن المشترى ببيعه حابساله (قوله بعد رؤية العيب) وكذا قبلها بالاولى ح (قوله قبل الرضى به صريحا أو دلالة) لم ار من ذكر هذا القيد هنا بعد مراجعة كثير من كتب المذهب وانما رأيته في حواشي المنح للخير الرملي ذكره بعد قوله او مات العبد وهو في محله كما تعرفه قريبا أما هنا فلا محل له لان العرض على البيع رضى بالعيب كما سيأتي وهنا وجد البيع حقيقة ولم يمتنع الرجوع بالنقصان لتقرر الرجوع قبله كما علمته آنفا فكأن الشارح راى هذا القيد في حواشي شيخه فسبق قلمه فكتبه في غير محله فتأمل (قوله أو مات العبد) لان الملك ينتهي بالموت والشئ بانتهائه يتقرر فكأن بقاء الملك قائم والرد متعذر وذلك موجب للرجوع وتمامه في ح عن الفتح قال في النهر ولا فرق في هذا أى موت العبد بين أن يكون بعد رؤية العيب أو قبلها اهـ لكن اذا كان الموت بعد رؤية العيب لا بد أن يكون قبل الرضى به صريحا او دلالة كما ذكره الخير الرملي ووجهه ظاهر لانه اذا رأى العيب وقال رضيت به أو عرضه على البيع أو استخدمه مرارا أو نحو ذلك مما يكون دلالة على الرضى امتنع رده والرجوع بنقصانه لو بقي العبد حيا فكذا لو مات بالاولى (قوله المراد هلاك المبيع الخ) قال في النهر ولو قال او هلك المبيع لكان افود اذ لا فرق بين الآدمي وغيره ومن ثم قال في الفصول ذهب الى بائعه ليرده بعيبه فهلك في الطريق هلك على المشترى ويرجع بنقصه وفي القنية اشترى جدارا مائلا فلم يعلم به حتى سقط فله الرجوع بالنقصان اهـ وفي الحاوي اشترى أثوابا على أن كل واحد منها ستة عشر ذراعا فبلغ بها الى بغداد فاذا هي ثلاثة عشرية فرجع بها ليردها وهلكت في الطريق يرجع بنقصان القيمة في ظاهر المذهب (قوله أو أعتقه) قال في الهداية وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق انهاء كالموت وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء

لجواز رده مقطوعا لا مخيطا كما أفاده بقوله (فلو قطعه) المشترى (وخاطه أو صبغه) بأى صبغ كان عينى (أولت السويق بسمن) أو خبز الدقيق أو غرس أو بنى (ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لحق الشرع لحصول الربا حتى لو تراضيا على الرد لا يقضي القاضي به درر وابن كمال (كما) يرجع (لو باعه) أى الممتنع رده (في هذه الصور بعد رؤية العيب) قبل الرضى به صريحا أو دلالة (أو مات العبد) المراد هلاك المبيع عند المشترى (أو أعتقه) أو دبر أو استولد

المحل بالامر الحكمي" اهـ ح (قوله أووقف) فاذا وقف المشترى الارض ثم علم بالعيب رجع بالنقصان وفى جعلها مسجدا اختلاف والمختار الرجوع بالنقصان كما فى جامع الفصولين وفى البزازية وعليه الفتوى ومارجع به يسلم اليه لان النقصان لم يدخل تحت الوقف اهـ نهر (قوله قبل علمه) ظرف لاعتقه ومابعده اهـ ح والحاصل أن هلاك المبيع ليس كاعتاقه فانه اذا هلك المبيع يرجع بنقصان العيب سواء كان بعد العلم به أو قبله وأما الاعتاق بعد العلم به فمانع من الرجوع بنقصانه بخلافه قبله وليس اعتاقه كاستهلاكه فانه اذا استهلكه فلا رجوع مطلقا الا فى الاكل عندهما بحر ط (قوله أوكان المبيع طعاما فأكله) احترز بالاكل عن استهلاكه بغيره ففى الذخيرة قال القدورى" ولو اشترى ثوبا وطعاما واحرق الثوب او استهلك الطعام ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان بلا خلاف اهـ وكذا لو باعه أووهبه ثم اطلع على عيب لم يرجع بشئ اجماعا كما فى السراج لكن فى بيع بعضه الخلاف الآتى واراد بالطعام المكيل والموزون كما يعلم من الذخيرة والخانية (قوله فأكله أو بعضه) أى ثم علم بالعيب كما فى الهداية وهذا يدل على أن الرجوع فيما اذا اطعمه عبده أومدبره اوأم ولده اولبس الثوب حتى تخرق مقيد بما قبل العلم بالعيب فلو اخر الشارح قوله قبل علمه بعيبه عن قوله اولبس الثوب حتى تخرق ليكون قيدا فى المسائل العشرة لكان اولى ح قلت ويؤيده انه فى الفتح قال بعد هذه المسائل وفى الكفاية كل تصرف يسقط خيار العيب اذا وجده فى ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا ارش لانه كالرضى به (تنبيه) وقع فى المنح أو اكله بعد اطلاعه على العيب وهو سبق قلم كما نبه عليه الرملى (قوله أواطعمه عبده أومدبره اوأم ولده) انما يرجع فى هذه المسائل لان ملكه باق كما فى البحر يعنى أن العبد والمدبر وام الولد انما اكلوا الطعام على ملك السيد لانهم لا يملكون وان ملكوا فكان ملكه باقيا فى الطعام والرد متعذر كما قررناه فى الاعتاق بخلاف ما اذا اطعمه طفله وما عطف عليه مما سيأتى حيث لا يرجع لان فيه حبس المبيع بالقليك من هؤلاء فانهم من اهل الملك اهـ ح (قوله فانه يرجع بالنقصان استحسانا عندهما) الذى فى الهداية والعناية والفتح والتبيين أن الاستحسان عدم الرجوع وهو قول الامام فليحرر اهـ ح قلت ماذكره الشارح من أن الاستحسان قولهما ذكره فى الاختيار وتبعه فى البحر وكذا نقله عنه العلامة قاسم ونبه على انه عكس ما فى الهداية وسكت عليه فلذا مشى عليه المصنف فى متنه وذكر فى الفتح عن الخلاصة أن عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوى لكن قال فى الفتح بعده ان جعل الهداية قول الامام استحسانا مع تأخيره وجوابه عن دليلهما يفيد مخالفته فى كون الفتوى على قولهما اهـ قلت ويؤيده انه فى الكنز والملتقى وغيرهما مشوا على قول الامام وفى الذخيرة ولو لبس الثوب حتى تخرق من اللبس أو اكل الطعام لا يرجع عنده هو الصحيح خلافا لهما اهـ والحاصل انهما قولان مصححان ولكن صححوا قولهما بأن عليه الفتوى ولفظ الفتوى آكد الفاظ التصحيح ولاسيما هو ارفق بالناس كما يأتى فلذا اختاره المصنف فى متنه وهذا فى الاكل أما البيع ونحوه فلا رجوع فيه اجماعا كما علمت ويأتى وجه الفرق (تنبيه) ظاهر كلام الشارح أن الخلاف جار فى جميع المسائل التى ذكرها مع انهم لم يذكروه الا فى اكل الطعام ولبس الثوب افاده ح قلت الظاهر جريان الخلاف فى مسائل الاطعام أيضا لانه لو اكل الطعام لا يرجع عند الامام فكذا اذا اطعمه عبده بالاولى تأمل (قوله وعنهما يرد ما بقى ويرجع بنقصان ما اكل) هذه رواية ثانية عنهما فى صورة اكل البعض والاولى انه يرجع بنقصان العيب فى الكل فلا يرد ما بقى هكذا نقل عنهما القدورى" فى التقريب وتبعه فى الهداية وذكر فى شرح الطحاوى" أن الاولى قول أبى يوسف والثانية قول محمد كما فى الفتح وأما عند الامام فلا يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما اكل ولا ما بقى كما فى الذخيرة والفتوى على قول محمد كما نقله فى البحر عن الاختيار والخلاصة ومثله فى النهاية وغاية البيان وجامع الفصولين والخانية والمجتبى فلذا اقتصر عليه الشارح وهذا كله فى اكل البعض أما لو باع بعض المكيل والموزون ففى الذخيرة انه عندهما لا يرد ما بقى ولا يرجع بشئ وعن محمد يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما باع هكذا ذكر فى الاصل وكان الفقيه ابو جعفر وأبو الليث يفتيان فى هذه المسائل بقول محمد رفقا بالناس واختاره الصدر الشهيد اهـ وفى جامع الفصولين عن الخانية وعن محمد لا يرجع بنقص ما باع ويرد الباقى بحصته من الثمن وعليه الفتوى اهـ ومثله فى الولوالجية والمجتبى والمواهب والحاصل ان المفتى به انه لو باع البعض أو اكله يرد الباقى ويرجع بنقص ما اكل لا بنقص ما باع والفرق كما فى الولوالجية انه بالاكل تقرر

مطلب فيما لو اكل بعض الطعام

أووقف قبل علمه بعيبه (أوكان المبيع (طعاما فأكله أوبعضه) اوأطعمه عبده أومدبره أوأم ولده أولبس الثوب حتى تخرق فانه يرجع بالنقصان استحسانا عندهما وعليه الفتوى بحر وعنهما يرد ما بقى ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى اختيار وقهستانى"

العقد فتتقرر أحكامه وبالبيع ينقطع الملك فتنقطع أحكامه قال فصار بمنزلة مالو اشترى غلامين فقبضهما وباع أحدهما ثم وجد بهما عيبا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما باع بالاجماع فكذا هنا عند محمد اه قلت لكن سيذكر المصنف تبعا لغيره من المتون لو وجد ببعض المكيل أو الموزون عيبا له رد كله أو أخذه فان مقتضاه انه ليس له رد المعيب وحده الا أن يقال انه محمول على ما اذا كان كله باقيا في ملكه لم يتصرف في شيء منه بقرينة قوله له رد كله فيفرق بين ما اذا بقي كله وبين ما اذا تصرف ببعضه ببيع أو أكل أو يقال هو مبني على قول غير محمد تأمل (تنبيه) الطعام في عرفهم البر والمراد به هنا هو وما كان مثله من مكيل وموزون كما علم مما نقلناه آنفا عن الذخيرة وفي البحر عن القنية ولو كان غزلا فنسجه او فيلقا فجعله ابريسما ثم ظهر انه كان رطبا وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باع اه وبه علم أن الاكل غير قيد بل مثله كل تصرف لا يخرجه عن ملكه كما يعلم مما قدمناه عن المحيط وتقدم حكم القيمي عند قوله كما لا يرجع لو باع المشتري الثوب الخ (قوله ابن كمال) حيث قال والخلاف فيما اذا كان الطعام في وعاء واحد أو لم يكن في وعاء فان كان في وعاءين فله رد الباقي بحصته من الثمن في قولهم كذا في الحقائق والخانية اه قلت ولفظ الخانية فان كان في وعاءين فأكل ما في احدهما أو باع ثم علم بعيب كان له أن يرد الباقي بحصته من الثمن في قولهم لان المكيل والموزون بمنزلة أشياء مختلفة فكان الحكم فيه ما هو الحكم في العبدين والثوبين ونحو ذلك اه ومقتضاه انه لا خلاف في ثبوت رد المعيب وحده ثم نقل العلامة قاسم في تصحيحه عن الذخيرة أن من المشايخ من قال لا فرق بين الوعاء والاوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب واطلاق محمد في الاصل يدل عليه وبه كان يفتي شمس الائمة السرخسي ثم قال العلامة قاسم والاول أقيس وأرفق (قوله وسيجيء) أي قبيل قوله اشترى جارية لكن الذي سيجيء هو ترجيح عدم الفرق بين الوعاء والاكثر (قوله فعلى ما في الاختيار الخ) أي من قوله وعنهما يرد ما بقي ويرجع الخ فانه يفيد أنه قياس لذكره له بعد قوله فانه يرجع بالنقصان استحسانا عندهما وحاصله ان احدى الروايتين عنهما استحسان والثانية قياس فيكون ترجيح الثانية كما وقع في الاختيار والقهستاني من ترجيح القياس على الاستحسان هذا تقرير كلام الشارح وبه اندفع ما قيل ان الشارح وافق هنا ما في الهداية وغيرها من أن القياس قولهما فافهم نعم ما فهمه الشارح على ما قررناه خلاف المفهوم من كلامهم فقد قال في الهداية وأما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي اه وقال في الاختيار عندهما يرجع استحسانا وعنده لا يرجع الخ فان المفهوم من هذا انه في الهداية جعل الرجوع بالنقصان عندهما قياسا وعدمه عنده استحسانا وفي الاختيار بالعكس وحاصله أن الرجوع بالنقصان عندهما قيل انه قياس وقيل انه استحسان ثم بعد قولهما بالرجوع بالنقصان ففي صورة أكل البعض عنهما روايتان الاولى يرجع بنقصان الكل فلا يرد الباقي والثانية يرجع بنقصان ما أكل فقط ويرد ما بقي وأنت خبير بأنه ليس في هذا ما يفيد أن احدى هاتين الروايتين قياس والاخرى استحسان كما فهمه الشارح بل كل منهما قياس على ما في الهداية والاستحسان قول الامام بعدم الرجوع بشيء أصلا وكل منهما استحسان على ما في الاختيار والقياس قول الامام المذكور فتنبه (قوله ولو أعتقه على مال) أي لا يرجع لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعنه انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض ح عن الهداية وعند أبي يوسف يرجع في هذه المسائل (قوله أو كاتبه) هي بمعنى الاعتاق على مال كما في البحر والكلام فيه مغن عن الكلام فيها ح (قوله أو قتله) هو ظاهر الرواية عن أصحابنا ووجهه أن القتل لم يعهد شرعا الا مضمونا وانما سقط عن المولى بسبب الملك فصار كالمستفيد به عوضا وهو سلامة نفسه عن القتل ان كان عمدا أو الدية ان كان خطأ فكأنه باعه نهر (قوله طفله) ليس بقيد بل المصرح به في البحر والفتح الولد الصغير والكبير والعلة وهي أهلية الملك كما قدمناه تشملهما اه ح (قوله كذا ذكره المصنف) حيث قال فلو أعتقه على مال أو قتله بعد اطلاعه على عيب وقال محشيه الرملي صوابه قبل اطلاعه اذ هو محل الخلاف اذ بعده لا يرجع اجماعا ولهذا لم يقيده به الزيلعي وأكثر الشراح وكأنه تبع العيني فيه وهو سهو (قوله في الرمز) أي شرح الكنز (قوله لكن ذكر في المجمع في الجميع) أي في جميع المسائل المذكورة وهي العتق على مال والكتابة والاباق وهذا هو الصواب لما علمت من انه لا رجوع اجماعا

قوله في الصفحة السابقة والحاصل الخ اقول قد نظمت هذه المسألة والتي قبلها ليسهل حفظهما فقلت

وان بيع كل المكيل او اكل
ثم رأى عيبا فلا رجوع بل
يرجع ان كان لبعض اكلا
بنقصه وان يبع بعضا فلا
وما بقي عن اكل او بيع يرد
عند محمد وذا المعتمد

اه منه

مطلب
يرجح القياس

ولو كان في وعاءين فله رد الباقي بحصته من الثمن اتفاقا ابن كمال وابن ملك وسيجيء قلت فعلى ما في الاختيار والقهستاني يترجح القياس قنية (ولو أعتقه على مال) أو كاتبه (او قتله) أو أبق او أطعمه طفله أو امرأته أو مكاتبه او ضيفه مجتبى بعد اطلاعه على عيب كذا ذكره المصنف تبعا للعيني في الرمز لكن ذكر في المجمع في الجميع قبل الرؤية

لو بعد الاطلاع على العيب لا لما قيل من انه يلزم أن لا يبقى فرق بين هذه المسائل والمسائل المتقدمة فانه ممنوع اذ الفرق واضح وهو ثبوت الرجوع فى المسائل المتقدمة وعدمه فى هذه اجماعا فافهم (قوله حتى العينى) أى فى شرحه على نظم المجمع أى فناقض كلامه فى الرمز (قوله بالاولوية) أى لانه اذا امتنع الرجوع اذا كانت هذه الاشياء قبل الاطلاع على العيب يمتنع بعد الاطلاع بالاولى لانها دليل الرضى (قوله والاصل الخ) قدمنا بيانه عند قوله بجواز ردّه مقطوعا لا مخيطا وقدمنا هناك بناءه على أصل آخر (قوله وفيه الخ) مكرر مع ما قدمه قريبا ح (قوله فوجده فاسدا الخ) لو قال فوجده معيبا لكان أولى لان من عيب الجوز قلة لبه وسواده كما فى البزازية وصرح فى الذخيرة بأنه عيب لا فساد واحترز بقوله فوجده أى المبيع عما اذا كسر البعض فوجده فاسدا فانه يردّه أو يرجع بنقصه فقط ولا يقيس الباقى عليه ولذا قال فى الذخيرة ولا يردّ الباقى الا أن يبرهن أن الباقى فاسد اه أفاده فى البحر وقوله فانه يردّه الخ أى يرد ما كسره لو غير منتفع به أو يرجع بنقصه فقط لو ينتفع به (قوله ان لم يتناول منه شيأ) فلو كسره فذاقه ثم تناول منه شيأ لم يرجع بنقصانه لرضاه به وينبغى جريان الخلاف فيما لو اكل الطعام بحر وأصل البحث للزيلعى واعترضه ط بأن الخلاف فى الطعام اذا علم بالعيب بعد الاكل لا قبله (قوله نقصانه) أى له نقصان عيبه لا ردّه لان الكسر عيب حادث بحر وغيره قلت الكسر فى الجوز يزيد فى ثمنه فهو زيادة لا عيب تأمل (قوله الا اذا رضى البائع به) أى بأخذه معيبا بالكسر فلا رجوع للمشترى بنقصانه (قوله ولو علم) أى المشترى بعيبه قبل كسره أى ولم يكسره قال فى النهر فلو كسره بعد العلم بالعيب لا يردّ لانه صار راضيا اه ونبه على ذلك الزيلعى أيضا فقال لا يردّه ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم به دليل الرضى اه لكن الزيلعى ذكر هذا بعد قوله وان لم ينتفع به أصلا واعترض بأن محله هنا لانه ان لم ينتفع به أصلا يردّه ويرجع بكل الثمن (قوله وان لم ينتفع به أصلا) بأن كان البيض منتنا والقثاء مرّا والجوز خاويا وما فى العينى أو مز مخافيه نظر لانه يأكله الفقراء نهر قلت وكذا ينتفع به باستخراج دهنه لكن هذا لو كان كثيرا بل قد يقال ولو قليلا لانه يباع لمن يستخرج دهنه فيكون له قيمة الا أن يكون جوزة أو جوزتين مثلا (قوله فله كل الثمن الخ) لانه تبين بالكسر أنه ليس بمال فكان البيع باطلا قيل هذا صحيح فى الجوز الذى لا قيمة لقشره أما اذا كان له قيمة بأن كان فى موضع يباع فيه قشره يرجع بحصة اللب فقط وقيل يردّه ويرجع بكل الثمن لان ماليته باعتبار اللب وظاهر الهداية يفيد ترجيحه وكذا فى البيض أما بيض النعامة اذا وجد فاسدا بعد الكسر فانه يرجع بنقصان العيب قال فى العناية وعليه جرى فى الفتح ان هذا يجب أن يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا قال ابن وهبان وينبغى أن يفصل بأن يقال هذا فى موضع يقصد فيه الانتفاع بالقشر أما اذا كان لا يقصد الانتفاع الا بالمح بأن كان فى بريّة والقشر لا ينتقل كان كغيره قال الشيخ عبد البر ولا يخفى عليك فساد هذا التفصيل فان هذا القشر مقصود بالشراء فى نفسه ينتفع به فى سائر المواضع وما ذكره لا ينهض لان هذا قد يتفق فى كثير مما اتفقوا على صحة بيعه ولا يكون ذلك موجبا لفساد البيع اه نهر (قوله ولو كان اكثره فاسدا جاز بحصته) أى بحصة الصحيح منه وهذا عندهما وهو الاصح كما فى الفتح وكذا فى النهر عن النهاية أما عنده فلا يصح فى الصحيح منه أيضا لانه كالجمع بين الحرّ والعبد فى صفقة واحدة ووجه الاصح كما فى الزيلعى انه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لانه يقسم ثمنه على أجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته اه أى بخلاف الحرّ مع العبد (تنبيه) عبر بالاكثر تبعا للعينى واعترض بأنه محتمل والصواب تعبير النهر وغيره بالكثير قلت وهو مدفوع لانه اذا صح فيما يكون اكثره فاسدا يصح فيما يكون الكثير منه فاسدا بالاولى فافهم ثم الاولى التعبير بالكثير ليفيد صحة البيع فى الكل اذا كان الفاسد منه قليلا لانه لا يمكن التحرز عنه اذ لا يخلو عن قليل فاسد فكان كقليل التراب فى الحنطة فلا يرجع بشئ أصلا وفى القياس يفسد كما فى الفتح قال فى النهر والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين فى المائة كذا فى الهداية وهو ظاهر فى أن الواحد فى العشرة كثير وبه صرح فى القنية وقال السرخسى الثلاثة عفو يعنى فى المائة اه وفى البحر القليل الثلاثة وما دونها فى المائة والكثير ما زاد اه وفى الفتح وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة فى المائة من الجوز عفوا اه (فرع) اشترى أقفزة حنطة أو سمسم فوجد فيه ترابا ان كان يوجد مثله فى ذلك عادة لا يردّ والا فان أمكنه ردّ كل المبيع يردّه ولو أراد حبس الحنطة وردّ التراب أو المعيب مميزا ليس له

وأقرّه شرّاحه حتى العينى فيفيد البعدية بالاولوية فتنبه (لا) يرجع بشئ لامتناع الردّ بفعله والاصل أن كل موضع للبائع أخذه معيبا لا يرجع باخراجه عن ملكه والا رجع اختيار وفيه الفتوى على قولهما فى الاكل وأقرّه القهستانى (شرى نحو بيض وبطيخ) كجوز وقثاء (فكسره فوجده فاسدا ينتفع به) ولو علفا للدواب (فله) ان لم يتناول منه شيأ بعد علمه بعيبه (نقصانه) الا اذا رضى البائع به ولو علم بعيبه قبل كسره فله ردّه (وان لم ينتفع به أصلا فله كل الثمن) لبطلان البيع ولو كان اكثره فاسدا جاز بحصته عندهما نهر

مطلب وجد فى الحنطة ترابا

ذلك فان ميزالتراب وأراد أن يخلطه ويرد ان أمكنه الرد على ذلك الكيل رد والا بأن نقص من ذلك الكيل شئ لا ورجع بنقصان الحنطة الا أن يرضى البائع بأخـذها ناقصة بزازية وفى الخانية لولم يعد ذلك التراب عيبا فلا رد والا فان لم يفحش يرد وان فحش خير المشترى بين أخذ الحنطة بحصتها من الثمن أوردها وأخـذ كل الثمن (قوله وفى المجتبى الخ) هـذه من أفراد مسألة الاكل السابقة ط فكان الاولى ذكرها هنالك (قوله رده على بائعه) معناه أن له أن يخاصم الاول ويفعل ما يجب أن يفعل عند قصد الرد ولا يكون الرد عليه رداً على بائعه بخلاف الوكيل بالبيع حيث يكون الرد عليه بالعيب بقضاء رداً على موكله لان البيع واحـد فاذا ارتفع رجع الى الموكل بحر وتمامه فيه وبخلاف الاستحقاق فانه اذا حكم به على المشترى الاخير يكون حكما على كل الباعة كما سيأتى فى بابه قال فى النهر وهذا الاطلاق قيده فى المبسوط بما اذا ادعى المشترى العيب عند البائع الاول أما اذا أقام البينة أن العيب كان عند المشترى ولم يشهدا انه كان عند البائع الاول ليس للمشترى الاول أن يرده اجماعا كذا فى الفتح تبعا للدراية اه وأقره فى البحر أيضا قلت وهو مقيد أيضا بما اذا لم يعترف بالعيب بعد الرد قال فى الفتح لو قال بعد الرد ليس به عيب لا يرده على البائع الاول بالاتفاق (قوله لورد عليه بقضاء) شامل لما اذا أقر بالعيب وامتنع من القبول فرد عليه القاضى جبرا كما اذا أنكر العيب فأثبته بالبينة أو النكول عن اليمين أو بالبينة على اقرار البائع بالعيب مع انكاره الاقرار به فانه يرد على بائعه فى الصور الاربع لكون القضاء فسخا فيها شرنبلالية (تنبيه) للبائع أن يمتنع عن القبول مع علمه بالعيب حتى يقضى عليه ليتعدى الى بائعه بحر عن البزازية (قوله لانه فسخ) أى لان الرد بالقضاء فسخ من الاصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الامر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء هـداية والمراد انه فسخ فيما يستقبل لا فى الاحكام الماضيـة بدليل أن زوائد المبيع للمشترى ولا يردها مع الاصـل وتمامه فى البحر وسيذكر الشارح آخر الباب انه فسخ فى حق الكل الا فى مسألتين الخ ويأتى تمامه (قوله مالم يحدث به عيب آخر عنده) أى عند البائع الثانى قيد لقوله رده على بائعه وقوله فيرجع تفريع على مفهوم القيد المذكور اى فان حدث عيب آخر عند البائع الثانى ثم رده عليه المشترى منه بالعيب القديم فلا يرده على بائعه بل يرجع عليه بنقصان العيب القديم لان العيب الحادث عنده يمنعه من الرد وما قلناه من ارجاع ضمير عنـده الى البائع الثانى أصوب من ارجاعه الى المشترى الثانى لئلا يخالف قول الامام لما فى البحر لو باعه فاطلع مشتريه على عيب قديم به لا يحدث مثله وحدث عنـده عيب ورجع بنقصان العيب القديم فعنده لا يرجع البائع على بائعه بنقصان العيب القديم وعندهـما يرجع كذا ذكره الاسبيجابى ومثله فى الصغرى اه فافهم (قوله وهذا) أى اشتراط القضاء للرد اه ح (قوله لو بعد قبضه) أى قبض المشترى الثانى المبيع ط (قوله فلو قبله الخ) أى فلو كان الرد قبل قبضه فللمشترى الاول أن يرده على البائع الاول مطلقا سواء كان رده عليه بقضاء أو برضى المشترى الاول الذى هو البائع الثانى لان بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا فى حق غـيرهما فجعل فسخا من الاصل فى حق الكل فصار كما لو باع المشترى الاول للثانى بشرط الخيار له أو بيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشترى الثانى بحكم الخيار كان للاول أن يرده مطلقا والفسخ بالخيارين لا يتوقف عـلى قضاء قال الزيلعى وفى العقار اختلاف المشايخ على قول أبى حنيفة والاظهر أنه بيع جديد فى حق البائع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنـده فليس له أن يرده على بائعه كأنه اشتراه بعد ما باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند أبى يوسف بيع فى حق الكل اه من حاشية نوح أفندى (قوله وهـذا) الاشارة الى قوله رده على بائعه (قوله فلا رد مطلقا) أى لا بقضاء ولا رضى لان بيعه بعد رؤية العيب دليل الرضى به (قوله وهذا) أى اشتراط القضاء للرد (قوله فى غـير النقدين) قال فى البحر وقيد بالمبيع وهو العين احترازا عن الصرف فانه يجعل فسخا اذا رد بعيب لا فرق بين القضاء والرضى لانه لا يمكن أن يجعل بيعا جديدا لان الدينار هنا لا يتعين فى العقود فاذا اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشترى الثانى بالدينار عيبا ورده المشترى بغير قضاء فانه يرده على بائعه لما ذكرنا ووجهه فى الكافى بأن المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المبيع ملك البائع فاذا رده على المشترى يرده على بائعه أما هنا المبيعان موجودان وذكر فى الظهيرية وعلى هذا اذا قبض رجل دراهم على رجل وقضاها من غريمه فوجدها الغريم زيوفا فردها عليه بلا قضاء فله ردها على الاول اه وما ذكره

في الظهيرية

وفى المجتبى لو كان سمنا ذائبا فأكله ثم أقر بائعه بوقوع فأرة فيه رجع بنقصان العيب عندهـما وبه يفتى (باع ما اشتراه فرد) المشترى الثانى (عليه بعيب رده على بائعه لو رد عليه بقضاء) لانه فسخ مالم يحدث به عيب آخر عنده فيرجع بالنقصان وهذا (لو بعـد قبضه) فلو قبله رده مطلقا فى غير العقار كالرد بخيار الرؤية أو الشرط درر وهذا اذا باعه قبـل اطـلاعه على العيب فلو بعده فلا رد مطلقا بحر وهـذا فى غير النقدين لعدم تعينهـما فله الرد مطلقا شرح مجمع

مطلب لا يرجع البائع على بائعه بنقصان العيب

مطلب مهم قبض من غريمه دراهم فوجدها زيوفا فردها عليه بلا قضاء

فى الظهيرية أفتى به الخير الرملى تبعا لما فى فتاوى قارئ الهداية وفتاوى ابن نجيم وهـذا اذا لم يكن أقر بقبض حقه أو الثمن أو الدين فلو أقر بذلك ثم جاء ليرده لم يقبل منه لتناقضه كما أوضح ذلك العلامة الطرسوسى فى أنفع الوسائل ولخصت ذلك فى تنقيح الحامدية وبقى ما اذا تصرف فيه القابض بعد علمه بعيبه فانه لا يرده اذا رد عليه لما فى القنية برمز القاضى عبد الجبار اذا أخذ من دينه دينارا فجعله فى الروث ليروج أو جعل الدرهم فى البصل ونحوه ليس له الرد كما لو داوى عيب مشريه ليس له الرد اهـ فليحفظ لكن سيذكر الشارح من موانع الرد العرض على البيع الا الدراهم اذا وجدها زيوفا فعرضها على البيع فليس برضى وسيذكره أيضا فى آخر متفرقات البيوع وعلله فى البحر بأن حقه فى الجياد فلم تدخل الزيوف فى ملكه لكن صرحوا بأنه لو تجوز بها ملكها وصارت عين حقه فصار الحاصل انه لو رضى بها امتنع الرد والا فله ردها وان عرضها على البيع وبه يظهر أن عرضها على البيع لا يكون دليل الرضى بها فيحمل ما مر عن القنية على ما اذا رضى بها صريحا فليتأمل وسيأتى فى متفرقات البيوع متنا وشرحا لو قبض زيفا بدل جيد كان له على آخر جاهلا به فلو علم وأنفقه كان قضاء اتفاقا ونفق أو أنفقه فهو قضاء لحقه فلو قائما رده اتفاقا وقال أبو يوسف اذا لم يعلم يرد مثل زيفه ويرجع بجيده استحسانا كما لو كانت ستوقة أو نبهرجة واختاروه للفتوى اهـ (قوله ولو رده برضاه الخ) أى لو رد المشترى الثانى على الاول برضاه ليس له رده على بائعه سواء كان العيب يحدث مثله فى المدة كالمرض اولا كالاصبع الزائدة لان الرد بالعيب بعد القبض اقالة وهى بيع جديد فى حق الثالث وفسخ فى حق المتعاقدين والبائع الاول ثالثهما فصار فى حقه كان المشترى الاول اشتراه من الثانى فلا خصومة له مع بائعه لا فى الرد ولا فى الرجوع بالنقصان بخلاف الرد بقضاء القاضى فانه فسخ فى حق الكل لعموم ولايته فيصير كان البائع الاول لم يبعه أفاده نوح افندى (تنبيه) الوكيل بالبيع على هـذا التفصيل فاذا رد عليه المبيع بقضاء لزم الموكل ولو بدونه لزمه دون الموكل وليس له أن يخاصم الموكل وان كان العيب لا يحدث مثله هو الصحيح لان الرد بلا قضاء فى حق الموكل بمنزلة الاقالة وتمامه فى الخانية (قوله أو حط ثمن) فيما اذا حدث عنده عيب آخر فانه يحط من الثمن نقصان العيب كما مر (قوله بعد قبضه المبيع) قيد اتفاقى لان البائع له المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فاذا ادعى المشترى عيبا لم يجبر فصدق عدم الجبر قبل القبض أيضا بحر واعترض بأنه لا يجبر وان ثبتت المطالبة قلت وهو ممنوع والا فما فائدة المطالبة فافهم (قوله لم يجبر المشترى) لاحتمال صدقه عينى والاولى للشارح ذكر المشترى عقب قوله ادعى لتنسحب الضمائر كلها عليه (قوله لاثبات العيب) أى اثبات وجوده عنده وعند البائع فاذا أثبته كذلك رد المبيع على البائع أو قبله ودفع ثمنه (قوله أو يحلف بائعه على نفيه) اى نفى العيب عنده أى عند البائع وقوله ويدفع الثمن أى المشترى بعد أن حلف البائع وقوله ان لم يكن شهود مرتبط بقوله ويحلفه أو بقوله ويدفع والاولى اسقاطه للعلم به من عطف أو يحلف على يبرهن ثم اعلم أن المتبادر من هـذا أن له تحليف البائع قبل اقامة البينة على قيام العيب للحال وهذا قولهما ورواية ضعيفة عن الامام والصحيح عنده ما ذكره عقبه فى مسألة دعوى الاباق من انه لا يحلف بائعه حتى يبرهن المشترى انه أبق عنده كما يأتى بيانه وعن هذا أول الزيلعى قول الكنز أو يحلف بائعه بقوله أى بعد اقامة المشترى البينة انه وجد فيه عنده أى عند المشترى وأوله فى البحر بما اذا أقر البائع بقيام العيب به ولكن أنكر قدمه واعترضه فى النهر بأنه مما لا دليل فى كلامه عليه ثم قال وقد ظهر لى أن موضوع هذه المسألة فى عيب لا يشترط تكراره كالولادة فاذا ادعاه المشترى ولا برهان له حلف بائعه وقوله بعده ولو ادعى اباقا بيان لما يشترط تكراره والا كان الثانى حشوا فتدبره فانى لم أر من عرج عليه اهـ قلت واشار اليه الشارح بقوله الآتى مما يشترط الخ (قوله وان ادعى غيبة شهوده) أى عدم حضورهم فى المصر أما لو قال لى بينة حاضرة أمهله القاضى الى المجلس الثانى اذ لا ضرر فيه على البائع بحر (قوله تقبل خلافا لهما فتح) عبارة الفتح تقبل فى قول أبى حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ فى هذا رواية عن أبى يوسف اهـ وذكر قبله انه لو قال لى بينة حاضرة ثم أتى بها تقبل بلا خلاف (قوله ولزم العيب بنكوله) أى لزمه حكمه لان النكول حجة فى المال لانه بذل أو اقرار (قوله اباقا ونحوه الخ) احتراز عما لا يشترط تكرره وهو ثلاث زنى الجارية والتولد من الزنى والولادة كما قدمه اول الباب ففيها لا يشترط اقامة البينة على وجودها عند المشترى بل يحلف عليها البائع ابتداء كما فى البحر (قوله عندهما) أى عند البائع والمشترى (قوله وجنون) قيل هذا على القول

(ولو) رده (برضاه) بلا قضاء (لا) وان لم يحدث مثله فى الاصح لانه اقالة (ادعى عيبا) موجبا لفسخ أو حط ثمن (بعد قبضه المبيع لم يجبر) المشترى (على دفع الثمن) للبائع (بل يبرهن) المشترى لاثبات العيب (أو يحلف بائعه) على نفيه ويدفع الثمن ان لم يكن شهود (وان ادعى غيبة شهوده دفع) الثمن (ان حلف بائعه) ولو قال أحضرهم الى ثلاثة أيام أجله ولو قال لا بينة لى فحلفه ثم أتى بها تقبل خلافا لهما فتح (ولزم العيب بنكوله) أى البائع عن الحلف (ادعى) المشترى (اباقا) ونحوه مما يشترط لرده وجود العيب عندهما كبول وسرقة وجنون

قوله مرتبط بقوله ويحلفه هكذا بخطه مع ان الذى فى الشارح اويحلف بائعه على نفيه كما فى صدر القولة فتأمل اهـ مصححه

الضعيف المنقول عن العيني فيما تقدم اهـ قلت الذي تقدم هو أن الجنون مما يختلف صغرا وكبرا بمعنى انه اذا وجد في يد البائع في الصغر وفي يد المشتري في الكبر لا يكون عيبا كالاباق وأخويه والكلام هنا في اشتراط المعاودة عند المشتري وهو القول الاصح كما قدمه الشارح وهذا غير ذاك كما لا يخفى ونبه عليه ط أيضا فافهم (قوله لم يحلف بائعه) قال في البحر أي اذا ادعى عيبا يطلع عليه الرجال ويمكن حدوثه فلا بد من اقامة البينة أولا على قيامه بالمبيع مع قطع النظر عن قدمه وحدوثه لينتصب البائع خصما فان لم يبرهن لا يمين على البائع عند الامام على الصحيح وعندهما يحلف على نفي العلم وتمامه فيه (قوله اذا أنكر قيامه للحال) أما لو اعترف بذلك فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف به رده عليه بالتماس من المشتري وان انكر طولب المشتري بالبينة على أن الاباق وجد عند البائع فان اقامها رده والا حلف نهر (قوله انه قد أبق عنده) أي عند المشتري نفسه لان القول وان كان قول البائع لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته تكون بالبينة درر (قوله فان برهن) أي المشتري على قيامه للحال نهر (قوله حلف بائعه عندهما) صوابه اتفاقا لان الخلاف في تحليف البائع انما هو قبل برهان المشتري كما علمت أما بعده فانه يحلف اتفاقا لانه انتصب خصما حين أثبت المشتري قيام العيب عنده عند الامام فكذا عندهما بالاولى (قوله بالله ما أبق قط) عدل عن قول الكنز وغيره بالله ما أبق عنده لفظ قط بزيادة الظرف لما قاله الزيلعي من أن فيه ترك النظر للمشتري لانه يحتمل انه باعه وقد كان أبق عند غيره وبه يرد عليه فالاحوط أن يحلف ما أبق قط أو ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكره أو لقد سلمه وما به هذا العيب قال في النهر الا أن كون حذف الظرف أحوط بالنظر الى المشتري مسلم لا بالنظر الى البائع اذ يجوز انه أبق عند الغاصب ولم يعلم منزل المولى ولم يقدر عليه وقد مر أنه ليس بعيب فالاحوط بالله ما يستحق عليك الرد الخ وما بعده وفي البزازية والاعتماد على المروي عن الثاني بالله ما لهذا المشتري قبلك حق الرد بالوجه الذي يدعيه تحليفا على الحاصل اهـ ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لجواز حدوثه بعد البيع قبل التسليم فيكون بارا مع انه يوجب الرد قيل كيف يحلف على البتات مع انه فعل الغير والتحليف فيه انما يكون على العلم واجيب بأنه فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه قاله السرخسي قال في الفتح ومما تطارحناه انه لو لم يأبق عند البائع وأبق عند المشتري وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري بذلك وأثبته يرده به ولو لم يقدر على اثباته له أن يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد في تكرره اهـ والمطارحة القاء المسائل وهي هنا ليست في أصل الرد كما ظنه في البحر فقال انه منقول في القنية بل في تحليفه على عدم العلم أخذا من قولهم انما يحلف على البتات لادعائه العلم به والغرض هنا انه لا علم له به فتدبره اهـ ما في النهر ملخصا وتمامه فيه (قوله وما جن) الاولى اسقاطه كما تعرفه (قوله وفي الكبير الخ) عطف على محذوف تقديره هذه الكيفية في اباق الصغير وفي الكبير الخ ط (قوله لاختلافه صغرا وكبرا) فيحتمل انه أبق عنده في الصغر فقط ثم أبق عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو ألزمناه الحلف على ما أبق عنده قط أضررنا به وألزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف أصلا أضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكر وكذا في كل عيب يختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله بخلاف ما لا يختلف كالجنون فتح فعلى هذا كان الاولى اسقاط قوله وما جن لانه لا يناسب قوله وفي الكبير الخ (قوله خفي كاباق) أي من كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنى فتح (قوله وعلم حكمه) أي حكم رده مما ذكره المصنف آنفا (قوله للتيقن به) أي في يد البائع والمشتري فتح (قوله اذا لم يدع الرضى به) أي رضى المشتري به أو العلم به عند الشراء أو الابراء منه فان ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان أنكر أقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضي ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد فتح (قوله ككبد) أي كوجع كبد وطحال فتح وفي بعض النسخ ككبدي بياء النسب أي كداء منسوب الى الكبد (قوله فيكفي قول عدل) أي لتوجه الخصومة قال في الفتح فان اعترف به عندهما رده وكذا اذا انكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فنكل الا ان ادعى الرضى فيعمل ما ذكرنا وان أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان احوط فاذا قال به ذلك يخاصمه في انه كان عنده اهـ واشتراط العدلين منهم انما هو للرد والواحد لتوجه الخصومة فيحلف البائع كما

(لم يحلف بائعه) اذا أنكر قيامه للحال (حتى يبرهن المشتري انه) قد (أبق عنده فان برهن حلف بائعه) عندهما (بالله ما أبق) وما سرق وما جن (قط) وفي الكبير بالله ما أبق مذ بلغ مبلغ الرجال لاختلافه صغرا وكبرا واعلم أن العيوب أنواع خفي كاباق وعلم حكمه وظاهر كعور وصمم واصبع زائدة أو ناقصة فيقضي بالرد بلا يمين للتيقن به اذا لم يدع الرضى به وما لا يعرفه الا الاطباء ككبد فيكفي قول عدل

في البدائع ولكن في أدب القاضي ما يخالفه بحر قال في البزازية وفي أدب القاضي الذي يرجع فيه الى الاطباء لا يثبت في حق توجه الخصومة ما لم يتفق عدلان بخلاف ما لا يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول المرأة الواحدة في حق الخصومة لا في حق الرد اه قلت الاول اظهر لان العدلين يكتفى بهما للاثبات فيكتفى الواحد لتوجه الخصومة ولذا جزم به في الخانية حيث قال ان أخبر بذلك واحد يثبت العيب في حق الخصومة والدعوى وان شهد عدلان انه قديم كان عند البائع برده على البائع (قوله فيكتفى قول الواحدة) أي لاثبات العيب في حق الخصومة لا في الرد في ظاهر الرواية خانية وقد أشار الى هذا بقوله فيحلف البائع اذ لو ثبت الرد بقولها لم يحتج الى التحليف وهذا اذا كان بعد القبض بالاتفاق كما في شرح الجامع لقاضي خان فلو قبله ففيه اختلاف الروايات ففي الخانية ان آخر ما روى عن محمد وأبي يوسف انه يرد بشهادتهن الا في الحبل فلا ترد بشهادتهن وفي الذخيرة الواحدة العدلة تكفي والثنتان أحوط فاذا قالت واحدة عدلة أو ثنتان انها حبلى يثبت العيب في حق توجه الخصومة ثم ان قالت أو قالتا كان ذلك عند البائع ان كان ذلك بعد القبض لا ترد بل يحلف البائع لان شهادة النساء حجة ضعيفة والعقد بعد القبض قوي ولا يفسخ العقد القوي بحجة ضعيفة وان قبل القبض فكذلك لا ترد بقول الواحدة أما المثنى فقيل على قياس قوله لا ترد وعلى قياس قولهما ترد وذكر الخصاف انها لا ترد في ظاهر رواية أصحابنا وفي القدوري انه المشهور من قولهما لان ثبوت العيب بشهادتهن ضروري ومن ضرورة ثبوته توجه الخصومة دون الرد فيحلف البائع فان نكل تأيدت شهادتهن بنكوله فيثبت الرد وروى الحسن عن الامام ثبوت الرد بشهادتهن الا في الحبل لانه تعالى تولى علمه بنفسه اه ما في الذخيرة ملخصا ثم ذكر روايات أخر والحاصل أن شهادة الواحدة أو الثنتين يثبت بها العيب المذكور في حق توجه الخصومة لا في حق الرد سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده في ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة وهو المشهور فكان هو المذهب المعتمد وان اقتصر في كثير من الكتب على خلافه وقدمنا ما يؤيد ذلك عن الفتح في آخر خيار الشرط ولا ينافي ذلك ما اتفق عليه أصحاب المتون في أول كتاب الشهادة من قبول شهادة الواحدة في البكارة والعيوب التي لا يطلع عليها الا النساء لان المراد به أن العيب يثبت بقولهن ليحلف البائع كما نص عليه في الهداية هناك وهذا معنى قولهم هنا يثبت في حق توجه الخصومة فاغتنم تحقيق هذا المحل فانك لا تجده في غير هذا الكتاب والحمد لله الملك الوهاب (قوله قلت وبقي خامس الخ) هذا الفرع مذكور في الفتح والبحر والنهر لكنهم اقتصروا على عد الانواع أربعة فلما رأى الشارح مخالفة حكمه لهذه الاربعة جعله نوعا خامسا فكان من زياداته الحسنة فافهم قلت ومن هذا النوع ما لو ادعى ارتفاع حيض الجارية فقد صرحوا بأنه لا تقبل الشهادة عليه لانه لا يعلم الا منها وتوجه الخصومة بقولها على ما اختاره في الفتح نعم على ما اختاره غيره من انه لا بد من دعوى المشتري انه عن داء فيرجع فيه الى شهادة الاطباء أو عن حبل فيرجع الى شهادة النساء لا يكون من هذا النوع بل من أحد النوعين قبله (فروع) لو أراد المشتري الرد ولم يدع البائع عليه مسقطا لم يحلف المشتري وعند الثاني يحلف وفي الخلاصة والبزازية ان القاضي لا يستحلف الخصم بلا طلب المدعي الا في مسائل منها خيار العيب وفي البدائع لو أخبرت امرأة بالحبل وامرأتان بعدمه صحت الخصومة ولا يقبل قول النافية وفي التهذيب برهن البائع انه حدث عند المشتري وبرهن المشتري انه كان معيبا في يد البائع تقبل بينة المشتري بحر ملخصا (قوله قبل القبض للكل) ذكر الكل غير قيد فان قبض البعض حكمه كحكم ما اذا لم يقبض الكل كما ذكره المصنف عقبه ولكن لما افرد المصنف البعض بالذكر علم أن كلامه هنا في الكل فلذا صرح به الشارح نعم لو قال المصنف قبل القبض ولو للبعض لاستغنى عن قوله بعده وان قبض أحدهما (قوله خير في الكل) أي في القيمي وغيره بقرينة قوله وان بعده خير في القيمي لا في غيره فالمراد أنه يخير في الباقي بعد الاستحقاق بين امساكه ورده فليس المراد بالكل كل المبيع حتى يرد عليه أن البيع في البعض المستحق باطل فافهم (قوله لتفرق الصفقة) اي تفرقها على المشتري قبل تمامها لانها قبل القبض لم تتم فلذا كان له الخيار (قوله وان بعده الخ) أي وان كان استحقاق البعض بعد القبض خير في القيمي لا في غيره اذ لا يضره التبعيض (قوله كما سيجيء) لم أره في هذا الباب صريحا تأمل (قوله فلو استحق) بيان لقوله فحكمه حكم ما قبل قبضهما وقوله أو تعيب زيادة بيان والا فالكلام في الاستحقاق وأما تعيب أحد الشيئين فسيذكره المصنف في قوله اشترى عبدين الخ (تنبيه) حاصل ما ذكره المصنف في هذه المسائل ما في جامع

مطلب فيما لا يطلع عليه الا النساء

ولاثباته عند بائعه عدلين وما لا يعرفه الا النساء كرتق فيكفي قول الواحدة ثم يحلف البائع عيني قلت وبقي خامس ما لا يطلع عليه الرجال والنساء ففي شرح قاضي خان شرى جارية وادعى انها خنثى حلف البائع (استحق بعض المبيع فان) كان استحقاقه (قبل القبض) للكل (خير في الكل) لتفرق الصفقة (وان بعده خير في القيمي لا في غيره) لان تبعيض القيمي عيب لا المثلي كما سيجيء (وان شرى شيئين فقبض أحدهما دون الآخر فحكمه حكم ما قبل قبضهما) فلو استحق أو تعيب أحدهما خير

مطلب يحلف المشتري انه لم يفعل مسقطا لخيار العيب

مطلب في تخيير المشتري اذا استحق بعض المبيع

الفصولين عن شرح الطحاوى لو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع فى قدر المستحق ويخير المشترى فى الباقى سواء أورث الاستحقاق عيبا فى الباقى أولا لتفرق الصفقة قبل التمام وكذا لو استحق بعد قبض بعضه سواء استحق المقبوض او غيره يخير لما مرّ من التفرق ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ثم لو أورث الاستحقاق عيبا فيما بقى يخير المشترى ولو لم يورث عيبا فيه كثوبين او قنين استحق أحدهما او كيلى أو وزنى استحق بعضه ولا يضرّ تبعيضه فالمشترى يأخذ الباقى بلا خيار اهـ وفى النهر عن العناية حكم العيب والاستحقاق سيان قبل القبض فى جميع الصور يعنى فيما يكال ويوزن وغيرهما وحكمهما بعد القبض كذلك الا فى المكيل والموزون (قوله ومافى الحاوى) أى من انه اذا أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الردّ كان رضى اهـ ح (قوله كدليل الرضى) مما يأتى قريبا وصريحه بالاولى (قوله وفى الخلاصة الخ) حيث قال وجد به عيبا ولم يجد البائع ليردّه فأطعمه وأمسكه ولم يتصرّف فيه تصرّفا يدل على الرضى فانه يردّه على البائع لو حضر ولو هلك يرجع بالنقصان اهـ أى ولا يرجع على بائعه بالثمن وهذا اذا لم يرفع الامر الى القاضى كما سيذكره المصنف (قوله واللبس والركوب الخ) أى لو اطلع على عيب فى المبيع فلبسه أو ركبه لحاجته فهو رضى دلالة ولو كان ركوبه للدابة لينظر الى سيرها ولبسه الثوب لينظر الى قدره كما فى النهر وغيره فان قلت ان فعل ذلك لا يبطل خيار الشرط فكذا خيار العيب قلت فرق فى الذخيرة بأن خيار الشرط مشروع للاختبار واللبس والركوب مرّة يراد به ذلك بخلاف خيار العيب فانه شرع للردّ ليصل الى رأس ماله عند العجز عن الوصول الى الفائت فلا يحتاج الى أن يختبر المبيع (تنبيه) أشار الى أن الرضى بالعيب لا يلزم أن يكون بالقول ثم ان الرضى بالقول لا يصح معلقا لما فى البحر عن البزازية عثر على عيب فقال للبائع ان لم أردّ اليك اليوم رضيت به قال محمد القول باطل وله الردّ (قوله والمداواة له أو به) اى انه يشمل ما لو كان المبيع عبدا مثلا فداواه من عيبه أو كان دواء فداوى به نفسه أو غيره بعد اطلاعه على عيب فيه (قوله رضى بالعيب الذى يداويه فقط) قال فى البحر المداواة انما تكون رضى بعيب داواه أما اذا داوى المبيع من عيب قد برئ منه البائع وبه عيب آخر فانه لا يمتنع ردّه كما فى الولوالجية اهـ وفى جامع الفصولين شرى معيبا فرأى عيبا آخر فعالج الاول مع علمه بالثانى لا يردّه ولو عالج الاول ثم علم عيبا آخر فله ردّه اهـ قلت بقى ما لو اطلع على العيب بعد الشراء ولم يكن قد برئ البائع منه فداواه ثم اطلع على عيب آخر وظاهر كلام الشارح انه يردّه وهو الظاهر كما لو رضى بالاول صريحا ثم رأى الآخر اذ قد يرضى بعيب دون عيب أو بعيب واحد لا بعيبين تأمّل ثم رأيت فى الذخيرة عن المنتقى عن أبى يوسف وجد بالجارية عيبا فداواها فان كان ذلك دواء من ذلك العيب فهو رضى والا فلا الا أن ينقصها اهـ (قوله ما لم ينقصه) كما اذا داوى يده الموجوعة فشلت أو عينه من بياض بها فاعورت فانه يمتنع ردّه بعيب آخر لما حدث فيه من النقص عند المشترى ط (قوله بعد العلم بالعيب) أى علمه بكون ذلك عيبا ففى الخانية لو رأى بالامة قرحة ولم يعلم انها عيب فشراها ثم علم انها عيب له ردّها لانه مما يشتبه على الناس فلا يثبت الرضى بالعيب اهـ وقدّمنا انه لو كان مما لا يشتبه على الناس كونه عيبا ليس له الردّ وفى نور العين عن المنية قال البائع بعد تمام البيع قبل القبض تعيب المبيع فاتهمه المشترى فى اخباره ويقول ان غرضه أن أردّ عليه فقبضه المشترى لا يكون رضى بالعيب ولا تصرّفه اذا لم يصدّقه لكن الاحتياط أن يقول له لا أعلم بذلك وأنا لا أرضى بالعيب فلو ظهر عندى أردّه عليك اهـ (قوله والارش) أى نقصان العيب (قوله ومنه العرض على البيع) ولو بأمر البائع بأن قال له اعرضه على البيع فان لم يشتر منك ردّه علىّ ولو طلب من البائع الاقالة فأبى فليس بعرض فله الردّ ولو عرض بعض المبيع على البيع أو قال رضيت ببعضه بطل خيار الرؤية وخيار العيب جامع الفصولين وقدّمنا عن الذخيرة أن قبض المبيع بعد العلم بالعيب رضى بالعيب وفى جامع الفصولين قبض بعضه رضى ثم نقل ليس برضى حتى يسقط خياره عند أبى يوسف اهـ قلت وهذا فى غير المثلى لما فى البحر عن البزازية لو عرض نصف الطعام على البيع لزمه النصف وردّ النصف كالبيع اهـ وسيذكر الشارح الكلام فى الاستخدام (تتمة) نقل فى البحر من جملة ما يدل على الرضى بالعيب بعد العلم به الاجارة والعرض عليها والمطالبة بالغلة والرهن والكتابة أما لو آجره ثم علم بالعيب فله نقضها للعذر ويردّه بخلاف الرهن فلا يردّه الا بعد الفكاك ومنه ارسال ولد البقرة عليها ليرتضع منها وحلب لبنها أو شربه وهل يرجع بالنقصان قولان وابتداء سكنى الدار لا الدوام عليها وسقى الارض وزراعتها وكسح الكرم والبيع كلا أو بعضا والاعتاق والهبة

مطلب فيما يكون رضى بالعيب

(وهو) أى خيار العيب بعد رؤية العيب (على التراخى) على المعتمد وما فى الحاوى غريب بحر (فلو خاصم ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الردّ) ما لم يوجد مبطله كدليل الرضى فتح وفى الخلاصة لو لم يجد البائع حتى هلك رجع بالنقصان (واللبس والركوب والمداواة له أو به عيني (رضى بالعيب) الذى يداويه فقط ما لم ينقصه برجندى وكذا كل مفيد رضى بعد العلم بالعيب يمنع الردّ والارش ومنه العرض على البيع

مطلب فيما يكون رضى بالعيب ويمنع الردّ

ولو بلا تسليم لانها أقوى من العرض ودفع باقى الثمن وجمع غلات الضيعة وكذا تركها لانه تضييع وليس منه اكل ثمر الشجر وغلة القن والدار وارضاع الامة ولد المشترى وضرب العبد ان لم يؤثر الضرب فيه اهـ ملخصا وفى الذخيرة اذا اطلاه بعد رؤية العيب أو حجمه اوجز رأسه فليس برضى ثم ذكر تفصيلا فى الحجامة بين كونها دواء لذلك العيب فهو رضى والافلا وفيها أمر رجلا ببيعه ثم علم أن به عيبا فان باعه الوكيل بحضرة الموكل ولم يقل شيأ فهو رضى بالعيب (قوله الا الدراهم الخ) ذكر المسألة فى الذخيرة وجامع الفصولين وغيرهما وسيذكرها الشارح فى آخر متفرقات البيوع عن الملتقط ثم انه ينبغى أن يذكر هنا أيضا ما امتنع رده قبل البيع بزيادة ونحوها كالولت السويق أوخاط الثوب ثم اطلع على عيب ثم باعه فان بيعه بعد رؤية العيب لا يكون رضى وله الرجوع بنقصانه كما مر فكذا لو عرضه على البيع بالاولى (قوله فليس برضى) فلا يمنع الرد على المشترى لان ردها لكونها خلاف حقه لان حقه فى الجياد فلم تدخل الزيوف فى ملكه بخلاف المبيع العين فانه ملكه فالعرض رضى بعيبه بحر ومثل ذلك مالو باعها ثم ردت عليه بلا قضاء فله ردها على بائعه كما قدمه الشارح عند قوله باع ما اشتراه الخ وقدمنا تمام الكلام على ذلك (قوله كعرض ثوب الخ) محترز قوله على البيع والتشبيه فى عدم الرضى (قوله قال نعم) الاولى فقال نعم عطفا على قال الاول (قوله لزم) جواب لو أى لزم البيع ولا يمكنه رده بالعيب قال فى نور العين وهذه تصلح حيلة من البائع لاسقاط خيار العيب عن مشتريه (قوله ولا تقرير لملكه) لفظ لا مبتدأ وتقرير خبره والضمير فى ملكه للبائع كانه يقول لا أبيعه لكونه ملكك لانى أرده عليك وفى البزازية وينبغى أن يقول بدل قوله نعم لا لان قوله نعم الخ يريد بذلك تنبيه المشترى على لفظ يتمكن به من الرد وهو لفظ لا ويحذره من مانع الرد وهو نعم ط وبه اندفع توقف المحشى فى هذه العبارة وكأنه فهم ان قوله وينبغى أن يقول الخ أى يقول الناقل لحكم المسألة فيصير المعنى ولو قال له البائع أتبيعه فقال لا لزم فينافى ماذكره الشارح وليس كذلك بل ضمير يقول للمشترى اى ينبغى للمشترى أن يقول لا بدل قوله نعم لئلا يلزم البيع فيكون تحذيرا للمشترى فافهم ثم ان الذى رأيته فى البزازية وغالب نسخ البحر نقلا عنها ولا تقرير لمكنته أى تمكنه من الرد على البائع وعليه فالضمير للمشترى (قوله الركوب للرد على البائع) وكذا لو ركبه ليرده فعجز عن البينة فركبه جائيا فله الرد بحر عن جامع الفصولين أى له رده بعد ذلك اذا وجد بينة على كون العيب قديما لان ركوبه بعد العجز ليس دليل الرضى (قوله أو لشراء العلف لها) فلو ركبها العلف دابة أخرى فهو رضى كما فى الذخيرة (قوله لعجز أو صعوبة) اى لعجزه عن المشى أو صعوبة الدابة بكونها لا تنقاد معه (قوله وهل هو) أى قوله ولا بدله منه (قوله واعتمده المصنف الخ) الذى فى شرح المصنف والدرر والشمنى والبحر جعله قيدا للاخيرين فقط ولكن فى كثير من النسخ واعتمد المصنف بلا ضمير وهى الصواب فقوله وغيرهم بالجر عطفا على مجرور اللام فى قوله تبعا للدرر الخ وقوله الاول بالنصب مفعول اعتمد أما على نسخة اعتمده بالضمير يكون قوله وغيرهم مرفوعا والتقدير واعتمد غيرهم الاول ومشى فى الفتح على الاول وفى الذخيرة على الثانى قال ويدل له ماذكره محمد فى السير الكبير أن جوالق العلف لو كان واحدا فركب لا يكون رضى لانه لا يمكن حمله الا بالركوب بخلاف ما اذا كان اثنين اهـ لكن قال فى الفتح ان العذر المذكور فى السقى يجرى فيما اذا كان العلف فى عدلين فلا ينبغى اطلاق امتناع الرد فيه اهـ وبقى قول ثالث هو ظاهر الكنز وهو أنه غير قيد فى الثلاثة وظاهر الزيلعى اعتماده حيث عبر عن القولين بقيل وفى الشرنبلالية عن المواهب الركوب للرد أو للسقى او لشراء العلف لا يكون رضى مطلقا فى الاظهر اهـ فافهم (قوله فالقول للمشترى) لان الظاهر يشهد له ط وكذا لو قال ركبتها للسقى بلا حاجة لانها تنقاد وهى ذلول ينبغى أن يسمع قول المشترى لان الظاهر أن مسوغ الركوب بلا ابطال الرد هو خوف المشترى من شئ مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس يختلفون فى تخيل أسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطره شئ من تلك الاسباب وآخر بخلافه كذا فى الفتح (قوله فهو عذر) قال فى الشرنبلالية بعد نقله ويخالفه ما فى البزازية لو حمل عليه فاطلع على عيب فى الطريق ولم يجد ما يحمله عليه ولو ألقاه فى الطريق يتلف لا يتمكن من الرد وقيل يتمكن قياسا على ما اذا حمل عليه علفه قلت الفرق واضح فان علفه مما يتوهم اذ لولاه لا يبقى ولا كذلك العدل فكان من ضرورة الرد اهـ ما فى البزازية وهذا يفيد أن ما فى الفتح ضعيف اهـ ط قلت وذكر الفرق أيضا فى جامع الفصولين ويؤيده ما فى الذخيرة عن السير الكبير

قوله اذا أطلاه هكذا بخطه بالالف ولعل صوابه طلاه بدونها كما يستفاد من القاموس والمصباح اهـ مصححه

الا الدراهم اذا وجدها زيوفا فعرضها على البيع فليس برضى كعرض ثوب على خياط لينظر أيكفيه أم لا أو عرضه على المقومين ليتقوم ولو قال له البائع أتبيعه قال نعم لزم ولو قال لا لا لان نعم عرض على البيع ولا تقرير لملكه بزازية (لا) يكون رضى (الركوب للرد) على البائع (أو لشراء العلف) لها (أو للسقى و) الحال أن المشترى (لا بدله منه) أى الركوب لعجز أو صعوبة وهل هو قيد للاخيرين أو للثلاثة استظهر البرجندى الثانى واعتمده المصنف تبعا للدرر والبحر والشمنى وغيرهم الاول ولو قال البائع ركبتها لحاجتك وقال المشترى بل لاردها فالقول للمشترى بحر وفى الفتح وجد بها عيبا فى السفر فحملها فهو عذر

اشترى دابة فى دار الاسلام وغزا عليها فوجد بها عيبا فى دار الحرب ينبغى له أن لا يركبها الا ان الركوب بعد العلم بالعيب رضى منه فلا يتمكن من ردها فليحترز منه وان لم يجد دابة غيرها لان العذر الذى له غير معتبر فيما يرجع الى البائع والركوب لحاجته دليل الرضى اهـ ملخصا وحاصله أن الركوب دليل الرضى وان كان لعذر لان عذره ألزمه الرضى بالعيب لانه لا يعتبر فى حق البائع وأنت خبير بأن هذا مخالف للقول الثالث الذى اعتمده الزيلعى وغيره كما قدمناه آنفا وقد يجاب بأن العذر فى ركوبها للسقى والعلف انما هو لحق البائع اذ فيه حياتها بخلاف العذر فى مسألة السير الكبير والتى قبلها (قوله اختلفا بعد التقابض الخ) أى لو اشترى جاريتين مثلا فقبضهما وأقبض الثمن ثم جاء ليردها بعيب واعترف به البائع الا انه قال بعتك هذه وأخرى معها فلك على رد حصة هذه فقط من الثمن لا كله وقال المشترى بعتنيها وحدها فاردد كل الثمن ولا بينة لهما فالقول للمشترى لانه قابض ينكر زيادة يدعيها البائع ولان البيع انفسخ فى المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عنه والبائع يدعى بعض الثمن بعد ظهور سبب السقوط والمشترى ينكر وتمامه فى الفتح (قوله ليتوزع الثمن الخ) علة لدعوى البائع وبيان لفائدتها على تقدير الرد أى رد الثمن لانه على دعواه يلزمه رد بعضه كما قررناه (قوله أو فى عدد المقبوض) اى بأن اتفقا على مقدار المبيع انه الجاريتان وقبض البائع ثمنهما ثم جاء المشترى ليرد احداهما فقال البائع قبضتهما وانما تستحق حصة هذه وقال المشترى لم أقبض سواها (قوله والقول للقابض) وتقبل بينته لاسقاط اليمين عنه كالمودع اذا ادعى الرد او الهلاك وأقام بينة تقبل مع أن القول قوله والبينة لاسقاط اليمين مقبولة كذا فى الذخيرة من باب الصرف بحر (قوله مطلقا) فسره ما بعده (قوله قدرا) أى قدر المبيع او المقبوض كما مر ومنه ما فى النهر عن صلح الخلاصة لو قال المشترى بعد قبض المبيع موزونا وجدته ناقصا الا اذا سبق منه اقرار بقبض مقدار معين (قوله أو صفة) تبع فى ذلك البحر عن العمادية ويخالفه ما فى الظهيرية حيث قال وان اختلفا فى وصف من أوصاف المبيع فقال المشترى اشتريت منك هذا العبد على انه كاتب أو خباز وقال البائع لم اشترط شيأ فالقول للبائع ولا يتحالفان اهـ ومثله فى الذخيرة والتتارخانية وفى فتاوى قارئ الهداية اختلفا فى وصف المبيع فقال المشترى ذكرت لى أن هذه السلعة شامية فقال البائع ما قلت الا انها بلدية أجاب القول للبائع بيمينه لانه ينكر حق الفسخ والبينة للمشترى لانه مدع اهـ وفى النهر عن الظهيرية اشترى عبدين أحدهما بألف حالة والآخر بألف الى سنة صفقة أو صفقتين فرد أحدهما بعيب ثم اختلفا فقال البائع رددت مؤجل الثمن وقال المشترى بل معجله فالقول للبائع سواء هلك ما فى يد المشترى أو لا ولا تحالف اهـ ويؤيده قوله الآتى كما لو اختلفا فى طول المبيع وعرضه على خلاف ما فى النهر كما تعرفه فافهم (قوله فلو جاء ليرده الخ) تفريع على قوله تعيينا ومثله ما فى البحر وغيره لو اختلفا فى الزق فالقول للمشترى (قوله فالقول للبائع) والفرق أن المشترى فى خيار الشرط والرؤية ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضى الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا فى المقبوض فالقول فيه قول القابض بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشترى بفسخه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ فى الذى أحضره والبائع ينكره كذا فى الفتح من آخر خيار الرؤية قلت ومقتضى هذا التعليل انه لو كان البيع فاسدا يكون القول فى تعيين المبيع للمشترى لان العقد ينفسخ بفسخه بلا توقف على رضى الآخر وهى واقعة الفتوى (قوله كما لو اختلفا فى طول المبيع وعرضه) لم أر هذا فى الفتح وانما ذكر المسألة التى قبله مع الفرق الذى نقلناه عنه نعم ذكره فى البحر عن الظهيرية مصرحا بأن القول للبائع قلت وهو الذى رأيته فى الظهيرية ومنتخبها للعينى وكذا فى الذخيرة والتتارخانية فما نقله فى النهر عن الظهيرية من أن القول للمشترى تحريف أو سبق قلم فافهم ونص الظهيرية ابن سماعة عن محمد رجل باع من آخر ثوبا مرويا فقبضه أو لم يقبضه حتى اختلفا فقال البائع بعته على انه ست فى سبع وقال المشترى اشتريته على انه سبع فى ثمان فالقول قول البائع مع يمينه اهـ (تتمة) قال بعتها وبها قرحة فى موضع كذا فجاء المشترى ليردها بقرحة فى ذلك فأنكر البائع انها هذه القرحة بل القرحة برئت وهذه غيرها فالقول للمشترى والحاصل أن البائع اذا نسب العيب الى موضع وسماه فالقول للمشترى وان ذكره مطلقا فالقول للبائع وتمامه فى الذخيرة (خاتمة) باع ألف رطل من القطن ثم ادعى انه لم يكن فى ملكه يوم البيع قطن وعنده يوم الخصومة ألف رطل من القطن يقول اصبته بعد البيع كان القول قوله بيمينه كما فى الخانية

مطلب مهم فى اختلاف البائع والمشترى فى عدد المقبوض أو قدره أو صفته

(اختلفا بعد التقابض فى عدد المبيع) أواحد أو متعدد ليتوزع الثمن على تقدير الرد (او فى) عدد (المقبوض فالقول للمشترى) لانه قابض والقول للقابض مطلقا قدرا أو صفة أو تعيينا فلو جاء ليرده بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشترى فى تعيينه ولو جاء ليرده بخيار عيب فالقول للبائع كما لو اختلفا فى طول المبيع وعرضه فتح

(قوله

(قوله اشترى عبدين الخ) اعلم أن المبيع لا يخلو من كونه شيأ واحدا أو شيئين كواحد حكما من حيث لا يقوم أحدهما بلا صاحبه كمصراعى باب وزوجى خف أو شيئين بلا اتحاد حكما كثوبين وعبدين ثم الحادث فى المبيع نوعان عيب واستحقاق والاحوال ثلاثة قبل القبض وبعده وبعد قبض بعضه فقط أما لو وجد فى بعضه عيبا قبل قبض كله وكان العيب موجودا وقت البيع أو حدث بعده قبل قبضه فالمشترى مخير بين أخذ الكل بثمنه أو رد كله لا المعيب وحده بحصته من الثمن وكذا ليس للبائع أن يقبل المعيب خاصة الا اذا تراضيا على رد المعيب فقط وأخذ الباقى بحصته من الثمن فلهما ذلك اذ الصفقة لا تتم قبل القبض بدليل انفساخ العيب برده بلا رضى ولا قضاء ولو قبض بعضه فقط فوجد فيه أو فيما بقى عيبا فحكمه حكم الفصل الاول فى كل ما مر اذ الصفقة لا تتم بعد سواء كان المبيع واحدا أو أشياء ولو قبض كله فوجد ببعضه عيبا قديما أو حادثا بين شرائه وقبضه فان كان المبيع واحدا كدار وكرم وأرض وثوب أو كيليا أو وزنيا فى وعاء واحد او صبرة واحدة أو شيئين كشئ واحد حكما يخير بين أخذ كله ورد كله دون رد بعضه فقط اذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك فى الاعيان وان كان شيئين أو اكثر بلا اتحاد حكما كثياب وعبيد أو كيليا او وزنيا فى اوعية مختلفة فللمشترى الرضى به بكل ثمنه أو رد المعيب فقط ولا يرد كله الا بتراض ولا يرد المعيب الا برضى أو قضاء اذ الصفقة تمت فيصح تفريقها فيرد المعيب بحصته من الثمن غير معيب اذ المبيع المعيب دخل فى البيع سليما وفى خيار شرط ورؤية ليس له رد بعضه فقط وان قبض الكل لانهما يمنعان تمام الصفقة فهى قبل تمامها لا تحتمل التفريق وانما قلنا انه يمنع تمام الصفقة لانه يرد بلا قضاء ولا رضى ولو قبض الكل ومتى عجز عن رد البعض لزمه الكل سواء كان المبيع واحدا أو اكثر جامع الفصولين عن شرح الطحاوى ثم ذكر بعد ذلك مسائل الاستحقاق وقد مرت والحاصل انه لو وجد العيب قبل قبض شئ من المبيع او بعد قبض البعض فقط فليس له رد المعيب وحده بلا رضى البائع وكذا لو بعد قبض الكل الا اذا كان متعددا غير متحد حكما كثوبين وطعام فى وعاءين على ما ذكرنا بخلاف ما لو كان فى وعاء واحد فانه بمنزلة المبيع الواحد وهذا ظاهر لو كان الطعام كله باقيا فلو باع بعضه أو اكل بعضه فقدمنا فى هذا الباب أن المفتى به قول محمد ان له أن يرد الباقى ويرجع بنقصان ما أكل لا ما باع ومر بيانه هنالك (قوله صفقة واحدة) منصوب على انه حال من فاعل اشترى لتأوله بالمشتق أى صافقا بمعنى عاقدا أو على نزع الخافض اى بصفقة أى عقد واحترز به عما لو كان كل منهما بعقد على حدة فهو من قسم ما لو كان المبيع واحدا وقد علمته (قوله وقبض احدهما) وكذا لو لم يقبضهما كما مر (قوله رد المعيب) احتراز عما فيه خيار شرط أو رؤية كما مر (قوله لم يعلم به الا بعد القبض) هذا لا يناسب الا ما اذا وجد العيب فى المقبوض كما لا يخفى اهـ ح قلت بل هو فى غاية الخفاء لان كلام الشارح يصدق على ما اذا قبض السليم ولم يعلم بعيب الآخر الا بعد قبض المقبوض ولذا قال فى البحر قيد بتراخى ظهور العيب عن القبض لانه لو وجد بأحدهما عيبا قبل القبض فان قبض المعيب منهما لزماه أما المعيب فلوجود الرضى به وأما الآخر فلانه لا عيب به ولو قبض السليم منهما أو كانا معيبين وقبض احدهما له ردهما جميعا لانه لا يمكن الزام البيع فى المقبوض دون الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا يمكن اسقاط حقه فى غير المقبوض لانه لم يرض به كذا فى المحيط فافهم (قوله كما لو قبض الخ) تشبيه بقوله أخذهما او ردهما والاولى عدم التقييد هنا بالقبض كما فى الكنز ليشمل ما قبل القبض قال فى البحر وما وقع فى الهداية من أن المراد بعد القبض فانما هو لبقع الفرق بين القيميات والمثليات اهـ فان القيميات كعبدين له رد المعيب منهما بعد قبضهما بخلاف المثليات كطعام فى وعاء أما قبل القبض فليس له رد المعيب فى الكل لكن هذا الاعتذار لا يتأتى فى عبارة المصنف حيث أتى بكاف التشبيه (قوله ونحوه) أى من كل شيئين لا ينتفع بأحدهما بدون الآخر وله أحكام ذكرها فى البحر عن المحيط فراجعه (قوله فان له رد كله أو أخذه) اى دون أخذ المعيب وحده وهذا التصريح بما تضمنه التشبيه وعلمت أن هذا لو كان كله باقيا بخلاف ما لو باع البعض أو أكله (قوله ولو فى وعاءين) أى اذا كانا من جنس واحد كتمر برنى أو صيحانى أو لبانة او حنطة صعيدية أو بحرية فانهما جنسان يتفاوتان فى الثمن والعجين كذا حرره فى فتح القدير (قوله على الاظهر) وقيل اذا كان فى وعاءين يكون بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب وحده زيلعى وقدمنا عن العلامة قاسم أن هذا القول أرفق وأقيس اهـ ولذا مشى عليه فى شرح الطحاوى كما علمته آنفا (قوله أو قبلها أو مسها

(اشترى عبدين) أى شيئين ينتفع بأحدهما وحده صفقة واحدة (وقبض احدهما ووجد) به او (بالآخر عيبا) لم يعلم به الا بعد القبض (أخذهما أو ردهما ولو قبضهما رد المعيب) بحصته سالما (وحده) لجواز التفريق بعد التمام (كما لو قبض كيليا أو وزنيا) أو زوجى خف ونحوه كزوجى ثور ألف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه (ووجد ببعضه عيبا فان له رد كله أو اخذه) بعيبه لانه كشئ واحد ولو فى وعاءين على الاظهر عناية وهو الاصح برهان (اشترى جارية فوطئها أو قبلها أو مسها

بشهوة) قال فى البزازية قال التمرتاشى قول السرخسى التقبيل بشهوة يمنع الرد محمول على ما بعد العلم بالعيب شرنبلالية قلت يخالف هذا الحمل ما فى الذخيرة واذا وطئها ثم اطلع على عيب لم يردها ويرجع بالنقصان سواء كانت بكرا أو ثيبا الا أن يقبلها البائع كذلك وكذا اذا كان قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة فان وطئها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة بعد علمه بالعيب فهو رضى بالعيب فلا رد ولا رجوع بنقصان اه وكذا ما فى الخانية لو قبضها فوطئها أو قبلها بشهوة ثم وجد بها عيبا لا يردها بل يرجع بنقصان العيب الخ ولا يرد قوله الآتى لانه استوفى ماءها لان دواعى الوطء تأخذ حكمه فى مواضع كما فى حرمة المصاهرة فافهم (قوله ولنا انه استوفى ماءها وهو جزؤها) أى فاذا ردها صار كأنه أمسك بعضها شرح المجمع وعلل فى شرح درر البحار بأن الرد بعيب فسخ العقد من أصله فيكون وطؤه فى غير مملوكة له فيكون عيبا يمنع الرد وهذا فى الثيب فالبكر يمتنع ردها بالعيب اتفاقا اه قلت وهذا التعليل اظهر لانه يشمل دواعى الوطء (قوله ولو الواطئ زوجها) أى الزوج الذى كان من عند البائع أما لو زوجها المشترى لم يكن له ردها وطئها أولا وان رضى بها البائع لحصول الزيادة المنفصلة وهى المهر وانها تمنع الرد كما مر كما لو وطئها أجنبى بشبهة فى يد المشترى لوجوب العقر على الواطئ بخلاف ما لو زنى بها فلا رد ويرجع بالنقصان الا أن يرضى بها البائع كذلك لانها تعيبت بعيب الزنى كذا فى الذخيرة (قوله ان ثيبا ردها) أى اذا لم ينقصها الوطء وكان الزوج وطئها عند البائع أيضا أما اذا لم يكن وطئها الا عند المشترى لم يذكره محمد فى الاصل واختلف المشايخ فيه والصحيح انه يردها ذخيرة (قوله ورجع بالنقصان) كذا فى الدرر ومثله فى البحر عن الظهيرية عند قول الكنز ومن اشترى ثوبا فقطعه الخ وعزاه فى الشرنبلالية الى البدائع وغيرها ومثله أيضا ما ذكرناه آنفا عن الذخيرة والخانية وفى كافى الحاكم وطئها المشترى ثم وجد بها عيبا لا يردها به ولكن تقوم وبها العيب وتقوم وليس بها عيب فان كان العيب ينقصها العشر رجع بعشر الثمن اه ملخصا وقال فى الخلاصة وفى الاصل رجل اشترى جارية ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها ثم وجد بها عيبا لا يملك ردها سواء كانت بكرا أو ثيبا نقصها الوطء أولا بخلاف الاستخدام وكذا لو قبلها أو لمسها بشهوة ويرجع بالنقصان الا أن يقول البائع أنا أقبلها اه فهذا نص المذهب فان الاصل للامام محمد من كتب ظاهر الرواية وكافى الحاكم جمع فيه كتب ظاهر الرواية للامام محمد كما ذكره فى الفتح والبحر فى مواضع متعددة وبه سقط ما فى الشرنبلالية حيث قال وفى البزازية ما يخالفه حيث جوز الرجوع بالنقص مع المس والنظر ومنعه مع الوطء اه قلت وسقط به أيضا ما فى البزازية أيضا من أن وطء الثيب يمنع الرد والرجوع بالنقصان وكذا التقبيل والمس بشهوة قبل العلم بالعيب وبعده وكذا ما يأتى قريبا عن الخانية فافهم (قوله فبانت ثيبا) أى بوطء المشترى وفى الخانية من أول فصل العيوب ولو اشترى جارية على انها بكر ثم قال هى ثيب يريها القاضى النساء ان قلن بكر كان القول للبائع بلا يمين وان قلن ثيب فالقول للمشترى بيمينه وان وطئها المشترى فان زايلها كما علم انها ليست بكرا بلا لبث والا لزمته هكذا ذكر الشيخ أبو القاسم اه ومشى الشارح على هذا التفصيل فى خيار الشرط عند قول المصنف وتم العقد بموته الخ لكن علمت نص المذهب ولهذا ذكر فى القنية التفصيل المذكور عن أبى القاسم ثم رمز لكتاب آخر الوطء يمنع الرد وهو المذهب اه (قوله بل يرجع بأربعين درهما) فيه أن هذا العيب قد ينقص القيمة أقل من هذا القدر وقد ينقصها أكثر منه فما وجه هذا التعيين ط قلت قد يجاب بأن نقصان الثيوبة كان كذلك فى زمانهم (قوله الثيوبة ليست بعيب الخ) لانه ليس الغالب عدمها فصارت كما لو شرى دابة فوجدها كبيرة السن كما حققناه أول الباب نعم لو شرط البكارة ولم توجد كان له الرد لانه من باب فوات الوصف المرغوب كما لو شرى العبد على انه كاتب أو خباز وهذا لو وجدها ثيبا بغير الوطء والا فالوطء يمنع الرد ولو نزع بلا لبث على المذهب كما علمت فافهم (قوله الا اذا قبلها البائع) أى رضى أن يأخذها بعدما وطئها المشترى وهذا استثناء من قوله ورجع بالنقصان (قوله ويعود الرد الخ) محل هذه الجملة عند قول المصنف سابقا حدث عيب آخر عند المشترى رجع بنقصانه ط (قوله لعود الممنوع) أشار به الى أن الرد لم يسقط وانما منع منه مانع اذ لو كان ساقطا لما عاد ط (قوله مع النقصان) أى الذى رجع به المشترى على البائع حين كان الرد ممنوعا ط (قوله على الراجح) بناء على انه من زوال المانع وقيل لا يرد لان الرد يسقط والساقط لا يعود وقيل ان كان بدل النقصان قائما ثبت له الرد والا لا ط (قوله بشرى البائع) الاضافة على معنى من أى

بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا) ولو ثيبا خلافا للشافعى وأحمد ولنا انه استوفى ماءها وهو جزؤها ولو الواطئ زوجها ان ثيبا ردها وان بكرا لا بحر (ورجع بالنقصان) لامتناع الرد وفى المنظومة المحبية لو شرط بكارتها فبانت ثيبا لم يردها بل يرجع بأربعين درهما نقصان هذا العيب وفى الحاوى والملتقط الثيوبة ليست بعيب الا اذا شرط البكارة فيردها لعدم المشروط (الا اذا قبلها البائع) لان الامتناع لحقه فاذا رضى زال الامتناع (ويعود الرد بالعيب القديم بعد زوال) العيب (الحادث) لعود الممنوع بزوال المانع درر فيرد المبيع مع النقصان على الراجح نهر (ظهر عيب بمشرى) البائع (الغائب)

مطلب

الاصل للامام محمد من كتب ظاهر الرواية وكافى الحاكم جمع فيه كتب ظاهر الرواية

بعشرى منه (قوله وأثبته) أى المشترى (قوله فوضعه) أى القاضى عند عدل أى عند أمين يحفظه لبائعه وفى حاشية البحر للرملى وقد سئلت عن نفقة الدابة وهى عند العدل على من تكون فأجبت أخذا مما فى الذخيرة فى آخر النفقات انه لا يفرض القاضى لها على احد نفقة لان الدابة ليست من أهل الاستحقاق والمشترى هو المالك والمالك يفتى عليه ديانة بأن ينفق عليها ولا يجبره القاضى (قوله ينفذ على الاظهر) أى لو كان القاضى يرى ذلك كشافعى ونحوه بخلاف الحنفى كما حرره فى البحر وقدمناه فى كتاب المفقود وسيأتى تمامه فى القضاء ان شاء الله تعالى (قوله قتل العبد المقبوض أو قطع) قيد بكونه مقبوضا لانه لو قتل بعد البيع فى يد البائع رجع المشترى بكل الثمن كما هو ظاهر ولو قطع عند البائع ثم باعه فمات عند المشترى بسبب القطع قال فى البحر يرجع بالنقصان اتفاقا وقيد بالقطع لانه لو اشتراه مريضا فمات عند المشترى أو عبدا زنى عند البائع فجلد عند المشترى فمات رجع بالنقصان اتفاقا أيضا وتمامه فى البحر (قوله بسبب كان عند البائع) أى فقط أما لو سرق عندهما فقطع بالسرقتين فعندهما يرجع بنقصان السرقة الاولى وعنده لا يرده بلا رضى البائع للعيب الحادث وهو السرقة الثانية فان رضيه رده المشترى ورجع بثلاثة أرباع الثمن والا أمسكه ورجع بربعه لان اليد من الآدمى نصفه وقد تلفت بالسرقتين فيتوزع نصف الثمن بينهما فيسقط ما أصاب المشترى ويرجع بالباقى وتمامه فى الفتح وقدم الشارح هذه المسألة عن العينى اول الباب (قوله كقتل اوردة) أى كالو قتل العبد رجلا عمدا أو ارتد والاولى أن يقول كقتل وسرقة ليكون بيانا للسبب القتل والقطع (قوله رد المقطوع وأخذ ثمنهما) قال فى المبسوط فان مات من ذلك القطع قبل أن يرده لم يرجع الا بنصف الثمن فتح (قوله اوأمسكه) الاولى تأخيره عن قوله وأخذ ثمنهما بأن يقول وله أن يمسك المقطوع ويرجع بنصف ثمنه ط (قوله مجمع) عبارته ولو وجد العبد مباح الدم فقتل عنده فله كل الثمن ولو قطع بسرقة فهو مخير ان شاء رد واسترد أو أمسك واسترد النصف وقالا يرجع بالنقصان فيهما ولا يخفى انها أحسن من عبارة المصنف (قوله رجع الباعة بعضهم على بعض) أى بكل الثمن كما فى الاستحقاق عند أبى حنيفة لانه أجراه مجرى الاستحقاق وهذا ان اختار الرد فان أمسكه رجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن وعندهما يرجع الاخير بالنقصان على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب أما رجوع الاخير فلانه لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع فلا مانع من الرجوع وأما بائعه فلا يرجع لانه بالبيع صار حابسا له مع امكان الرد وقد علمت أن بيع المشترى للمعيب حبس للمبيع سواء علم أولا فلا يمكنه الرد بعد ذلك فتح (قوله لكونه كالاستحقاق) والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع بحر (قوله وصح البيع بشرط البراءة من كل عيب) بأن قال بعتك هذا العبد على انى برىء من كل عيب ووقع فى العينى لفظ فيه وهو سهو لما يأتى نهر قلت ولا خصوصية لهذا اللفظ بل مثله كل ما يؤدى معناه ومنه ما تعورف فى زماننا فيما اذا باع دارا مثلا فيقول بعتك هذه الدار على انها كوم تراب وفى بيع الدابة يقول مكسرة محطمة وفى نحو الثوب يقول حراق على الزناد ويريدون بذلك انه مشتمل على جميع العيوب فاذا رضيه المشترى لا خيار له لانه قبله بكل عيب يظهر فيه وكذلك قولهم بعته على انه حاضر حلال ويراد بيع هذا الحاضر بما فيه من أى عيب كان سوى عيب الاستحقاق أى لو ظهر غير حلال أى مسروقا او مغصوبا يرجع عليه المشترى فهذا كله بمعنى البراءة من كل عيب ونظيره ما فى البحر لو قبل الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو اه أى لو كان فيه خرق لا يرده وكذا لو وجده مرقوعا أو مرفوا وهو من رفوت الثوب رفوا من باب قتل اى أصلحته ثم رأيت بعض المحشين ذكر أن العلامة ابراهيم البيرى سئل عمن باع أمة وقال ابيعك الحاضر المنظور يريد بذلك جميع العيوب فأجاب ليس للمشترى رد الامة التى ابرأه عن جميع عيوبها اه ملخصا (قوله وان لم يسم) اى لم يذكر أسماء العيوب (قوله خلافا للشافعى) حيث قال لا يصح الا أن يعد العيوب لان فى الابراء معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح زيلعى (قوله لعدم افضائه الى المنازعة) الاولى لعدم افضائها لان الضمير للبراءة قال فى الفتح ولنا أن الابراء اسقاط حتى يتم بلا قبول كالو طلق نسوته أو أعتق عبيده ولا يدرى كم هم ولا أعيانهم والاسقاط لا تبطله جهالة الساقط لانها لا تفضى الى المنازعة وتمامه فيه (قوله فلا يرد بعيب) أى موجود أو حادث (قوله بالموجود) لان البراءة تتناول الثابت وهو الموجود وقت العقد فقط ولهما أن الملاحظ هو المعنى

وأثبته (عند القاضى فوضعه عند عدل) فاذا هلك (هلك على المشترى الا اذا قضى) القاضى (بالرد على بائعه) لان القضاء على الغائب بلا خصم ينفذ على الاظهر درر (قتل) العبد (المقبوض أو قطع بسبب) كان (عند البائع) كقتل أو ردة (رد المقطوع) او أمسكه ورجع بنصف ثمنه مجمع (وأخذ ثمنهما) أى ثمن المقطوع والمقتول ولو تداولته الايدى فقطع عند الاخير او قتل رجع الباعة بعضهم على بعض وان علموا بذلك لكونه كالاستحقاق لا كالعيب خلافا لهما (وصح البيع بشرط البراءة من كل عيب وان لم يسم) خلافا للشافعى لان البراءة عن الحقوق المجهولة لا تصح عنده وتصح عندنا لعدم افضائه الى المنازعة (ويدخل فيه الموجود والحادث) بعد العقد (قبل القبض فلا يرد بعيب) وخصه مالك ومحمد بالموجود

مطلب في البيع بشرط البراءة من كل عيب

مطلب باعه على انه كوم تراب اوحراق على الزناد اوحاضر حلال

كقوله من كل عيب به ولو قال مما يحدث صح عند الثانى وفسد عند الثالث نهر (أبرأه من كل داء فهو على) المرض وقيل على (ما فى الباطن) واعتمده المصنف تبعا للاختيار والجوهرة لانه المعروف فى العادة (وما سواه) فى العرف (مرض) ولو أبرأه من كل غائلة فهى السرقة والاباق والزنى (اشترى عبدا فقال لمن ساومه اياه اشتره فلا عيب به فلم يتفق بينهما البيع فوجد) مشتريه (به عيبا) فله (رده على بائعه) بشرطه (ولا يمنعه) من الرد عليه (اقراره السابق) بعدم العيب لانه مجاز عن الترويج (ولو عينه) أى العيب فقال لا عور به أو لا شلل (لا) يرده لاحاطة العلم به الا أن لا يحدث مثله كلا اصبع به زائدة ثم وجدها فله رده للتيقن بكذبه (قال) لآخر (عبدى هذا) (آبق فاشتره منى فاشتراه وباع) من آخر (فوجده المشترى) (الثانى آبقا لا يرده بما سبق من اقرار البائع) الاول (ما لم يبرهن انه ابق عنده) لان اقرار البائع الاول ليس بحجة على البائع الثانى الموجود منه السكوت (اشترى جارية لها لبن فأرضعت صبيا له ثم وجد بها عيبا كان له أن يردها) لانه استخدام بخلاف الشاة المصراة فلا يردها مع لبنها او صاع تمر بل يرجع بالنقصان على المختار شروح مجمع وحررناه فيما علقناه على المنار

مطلب
في مسألة المصراة

والغرض من هذا الشرط الزام العقد باسقاط المشترى حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال وذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب للمشترى الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض المعلوم دخوله فتح (قوله كقوله من كل عيب به) فانه لا يدخل فيه الحادث اجماعا بحر (قوله ولو قال مما يحدث) أى باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض فتح (قوله صح عند الثانى الخ) هذا على رواية المبسوط أما على رواية شرح الطحاوى فلا يصح بالاجماع واورد على الثانية انه لو ابرأه عن كل عيب يدخل الحادث عند أبى يوسف بلا تنصيص فكيف يبطله مع التنصيص وأجيب بمنع الاجماع لما علمت من رواية المبسوط ولئن سلم فالفرق أن الحادث يدخل تبعا لتقرير غرضهما وكم من شئ لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا أفاده فى الفتح ونقل ط عن الحموى عن شرح المجمع أن الاصح وبه قطع الاكثرون انه فاسد اه فهذا تصحيح لرواية شرح الطحاوى لكنى لم أر ذلك فى شرح المجمع الملكى فلعله فى شرح آخر فليراجع ثم فى البحر عن البدائع ان البيع بهذا الشرط فاسد عندنا لان الابراء لا يحتمل الاضافة وان كان اسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لا يقبل الرد فلا يحتمل الاضافة نصا كالتعليق فكان شرطا فاسدا فأفسد البيع اه وظاهر قوله عندنا انه قول علمائنا الثلاثة موافقا لما فى شرح الطحاوى فقول النهر انه مبنى على قول محمد غير ظاهر (قوله وقيل على ما فى الباطن) من طحال أو فساد حيض منح (قوله واعتمده المصنف) حيث قال وهذا ما عولنا عليه فى المختصر اعتمادا على ما هو معروف فى العادة والا فالمشهور من المذهب الاول وانما قيدنا بالعادة لان الداء فى اللغة هو المرض سواء كان بالجوف أو بغيره اه قلت لكن عرفنا الآن موافق للغة (قوله فهى السرقة والاباق والزنى) هكذا روى عن أبى يوسف فتح وفى المصباح غائلة العبد فجوره واباقه ونحو ذلك (قوله بشرطه) أى بالبينة أو باقرار البائع أو نكوله اه ح ومن شروط الرد أن لا يزيد زيادة تمنع من الرد ولا يوجد ما هو دليل الرضى بالعيب بما مر ولا برئ البائع من عيوبه (قوله لانه مجاز عن الترويج) رواج المتاع نفاقه اى انه أراد رواجه ونفاقه عند المشترى قال فى المنح لظهور أنه لا يخلو عن عيب ما فيتيقن القاضى بأن ظاهره غير مراد له اه وفى الشرنبلالية عن المحيط وهذا كمن قال لجاريته يا زانية يا مجنونة فليس باقرار بالعيب ولكنه للشتيمة حتى قيل لو قال ذلك فى الثوب أى قال لآخر اشتره فلا عيب به يكون اقرارا بنفى العيب لان عيوب الثوب ظاهرة اه (قوله عبدى هذا آبق) أفاد باسم الاشارة أن العبد حاضر وأن قوله آبق بمعنى الماضى وهذا بخلاف ما اذا قال بعتك على انه آبق أو على انى برىء من اباقه وقبله المشترى الاول فان الثانى يرده عليه كما سنوضحه عند قوله باع عبدا الخ (قوله فوجده المشترى الثانى آبقا) بأن ابق عنده أيضا لان الاباق لا يكون عيبا الا بتكرره (قوله لا يرده) أى على البائع الثانى (قوله انه أبق عنده) أى عند البائع الاول المقر (قوله الموجود منه السكوت) يعنى والسكوت ليس تصديقا منه لبائعه فيما أقر به فأما اذا قال البائع الثانى وجدته آبقا الآن صار مصدقا للبائع فى اقراره بكونه ابقا شرنبلالية (قوله اشترى جارية الخ) قال فى شرح الوهبانية وفى البزازية اشترى مرضعا ثم اطلع بها على عيب ثم أمرها بالارضاع له الرد لانه استخدام ولو حلب اللبن فأكله أو باعه لا يرد لان اللبن جزء منها فاستيفاؤه دليل الرضى وفى الفتوى الحلب بلا أكل أو بيع لا يكون رضى وحلب لبن الشاة رضى شرب أم لا (قوله لانه استخدام) والاستخدام لا يكون رضى خانية أى فى المرة الاولى ويكون رضى فى الثانية كما يأتى قريبا ومقتضاه انه لو أمرها به ثانيا كان رضى لا لو أرضعته مرات بالامر الاول تأمل (قوله بخلاف الشاة المصراة) روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر متفق عليه شرح التحرير وتصروا بضم التاء وفتح الصاد من التصرية وهى ربط ضرع الناقة أو الشاة وترك حلبها اليومين أو الثلاثة حتى يجتمع اللبن قال الشارح فى شرحه على المنار وهو مخالف للقياس الثابت بالكتاب والسنة والاجماع من أن ضمان العدوان بالمثل او القيمة والتمر ليس منهما فكان مخالفا للقياس ومخالفته مخالفة للكتاب والسنة واجماع المتقدمين فلم يعمل به لما مر فيرد قيمة اللبن عند أبى يوسف وقال أبو حنيفة ويرجع على البائع بأرشها اه وفى شرح التحرير وقد اختلف العلماء فى حكمها فذهب الى القول بظاهر الحديث الائمة الثلاثة وابو يوسف على ما فى شرح الطحاوى للاسبيجابى نقلا عن

أصحاب

أصحاب الامالى عنه والمذكور عنه للخطابى وابن قديمة انه يردها مع قيمة اللبن ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به لانه خبر مخالف للاصول اهـ والحاصل كما فى الحقائق انه اذا اشتراها فحلبها فوجدها قليلة اللبن ليس له أن يردها عندنا وعند الشافعى وغيره له أن يردها مع اللبن لو قائما او مع صاع تمر لو هالكا وهل يرجع بالنقصان عندنا فعلى رواية الاسرار لا وعلى رواية الطحاوى نعم قال فى شرح المجمع وهو المختار لان البائع بفعل التصرية غر المشترى فصار كما اذا غره بقوله انها لبون (قوله فى غير ذلك) أى فى غير الارضاع (قوله فهو للاختبار) بالباء الموحدة أى لاجل أن يختبره ويمتحنه ليعلم انه مع العيب يصلح له ام لا (قوله الا على كره من العبد) مخالف لاطلاق ما مر أنه الاستحسان مع أن وجهه خفى تأمل (قوله لما مر) أى قريبا فى قوله للتيقن بكذبه (قوله فله الرد الخ) كذا فى الفتح واستشكله فى الشرنبلالية بما فى المحيط لو قال على انى برىء من اباقه أو على انه آبق وقبله المشترى الاول على ذلك يرده الثانى عليه لانه ذكر هذا وصفا للايجاب أو شرطا فيه والايجاب يفتقر الى الجواب والجواب يتضمن اعادة ما فى الخطاب فاذا قال المشترى قبلت ذلك صار كأنه قال اشتريت على انه آبق فيكون اعترافا بكونه آبقا بخلاف قوله على انى برىء من الاباق لانه لم يضف الاباق الى العبد ولا وصفه به فلم يكن اعترافا بوجود الاباق للحال لان هذا الكلام كما يحتمل التبرى عن اباق موجود من العبد يحتمل التبرى عن اباق سيحدث فى المستقبل فلا يصير مقرا بكونه آبقا للحال بالشك فلا يثبت حق الرد بالشك اهـ وكتب الشرنبلالى فى هامش الشرنبلالية ان حق العبارة فى كلام الفتح لو قال أنا برىء من كل عيب الا اباقه لا يبرأ من اباقه فيرده به ولو قال الا الاباق فليس له الرد اهـ وحاصله أن عبارة المصنف والفتح مقلوبة لمخالفتها لما فى المحيط أقول لا مخالفة ولا قلب اصلا وذلك أن ما فى المحيط فيما اذا اشتراه كذلك ثم باعه لآخر فللمشترى الآخر رده على الاول بخلاف مسألة المصنف وبيانه انه اذا قال البائع الا اباقه باضافة الاباق اليه يكون اخبارا باباقه ويكون المشترى راضيا به قبل الشراء فلا يرده باباقه عنده بخلاف الا الاباق بلا اضافة ولا وصف اذ ليس فيه اقرار باباقه للحال فلم يوجد رضى المشترى به فله رده فلو فرض أن هذا المشترى باعه لآخر فللآخر رده عليه فى الصورة الاولى لا فى الثانية وهذا هو المذكور فى المحيط فتدبر (قوله لو برئ من كل حق له قبله دخل العيب لا الدرك) لان العيب حق له قبله للحال والدرك لا كذا فى الذخيرة وبيانه لو قال المشترى للبائع ابرأتك من كل حق لى قبلك ثم ظهر فى المبيع عيب ليس له دعوى الرد به لان الرد بالعيب من جملة الحقوق الثابتة له وقد ابرأه منها بخلاف ما لو اشترى رجل عبدا مثلا فضمن له آخر الدرك أى ضمن له الثمن اذا ظهر العبد مستحقا ثم قال المشترى للضامن ابرأتك من كل حق لى قبلك لا يدخل الدرك فلو استحق العبد كان للمشترى الرجوع على الضامن بالثمن لانه لم يكن له وقت الابراء حق الرجوع بالثمن لانه يتوقف على وجود الاستحقاق ثم على القضاء للمستحق على البائع بالثمن لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع فى ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل كما فى الهداية من الكفالة فحيث لم يثبت ذلك الحق فى الحال لم يدخل فى الابراء المذكور (قوله لعجز المشترى عن الاثبات) اللام للتوقيت أى حلف البائع وقت عجز المشترى أما لو برهن المشترى فانه يرده على البائع (قوله ان علم به) أى علم أن به عيبا بعد قوله ما ذكر (قوله لان المبطل للرجوع ازالته عن ملكه الى غيره بانشائه) أى بأن باعه او أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب لانه صار حابسا له بحبس بدله بخلاف ما اذا أعتقه بلا مال او دبره أو استولد الامة ثم اطلع على عيبه فانه لا يبطل الرجوع بالنقصان لان ذلك انهاء للملك كما مر تقريره ذلك لكن قد يبطل الرجوع بدون ازالة عن ملكه الى غيره كما لو استهلكه فكلامه مبنى على الغالب فافهم (قوله او اقراره) مثاله ما فرعه عليه بقوله حتى لو باع الخ (قوله وصدقه فلان) فلو كذبه رده بالعيب لبطلان اقراره بتكذيبه عزمية عن الكافى (قوله كأنه وهبه) قال فى الكافى ولا نعنى به انه تمليك لكن التمليك يثبت مقتضى للاقرار ضرورة فجعل كأنه ملكه بعد الشراء ثم اقر به اهـ عزمية (قوله لغنيمة) أى لشىء مغنوم من الكفار (قوله بحر) ونصه ثم اعلم أن الامام يصح بيعه للغنائم ولو فى دار الحرب كما فى التلخيص وشرحه وقولهم لا يصح بيعها قبل القسمة وفى دار الحرب محمول على غير الامام وأمينه اهـ قلت لكن قيد فى الذخيرة بيع الامام بقوله لمصلحة رآها فأفاد قيدا آخر وهو أنه لا يبيع لغير مصلحة (قوله قال المصنف الخ) رد على صاحب الدرر (قوله لان الامين لا ينتصب خصما)

(كما لو استخدمها) فى غير ذلك ففى المبسوط الاستخدام بعد العلم بالعيب ليس برضى استحسانا لان الناس يتوسعون فيه فهو للاختبار وفى البزازية الصحيح انه رضى فى المرة الثانية الا اذا كان فى نوع آخر وفى الصغرى انه مرة ليس برضى الا على كره من العبد بحر (قال المشترى ليس به) بالمبيع (اصبع زائدة أو نحوها مما لا يحدث) مثله فى تلك المدة (ثم وجده به ذلك كان له الرد) بلا يمين لما مر (باع عبدا وقال) للمشترى (برئت اليك من كل عيب به الا الاباق فوجده آبقا فله الرد ولو قال الا اباقه لا) لانه فى الاول لم يضف الاباق للعبد ولا وصفه به فلم يكن اقرارا باباقه للحال وفى الثانى أضافه اليه فكان اخبارا بأنه آبق فيكون راضيا به قبل الشراء خانية وفيها لو برئ من كل حق له قبله دخل العيب لا الدرك (مشتر) لعبد أو أمة (قال أعتق البائع) العبد (أو دبر أو استولد) الامة (أو هو حر الاصل وأنكر البائع حلف) لعجز المشترى عن الاثبات (فان حلف قضى على المشترى بما قاله) من العتق ونحوه لاقراره بذلك (ورجع بالعيب ان علم به) لان المبطل للرجوع ازالته عن ملكه الى غيره بانشائه أو اقراره ولم يوجد (حتى لو قال باعه وهو ملك فلان وصدقه) فلان (وأخذه لا) يرجع بالنقصان لازالته باقراره كأنه وهبه (وجد المشترى لغنيمة محرزة) بدارنا أو غير محرزة لو البيع (من الامام أو امينه) بحر قال المصنف فقيد محرزة غير لازم (عيبا لا يرد عليهما) لان الامين لا ينتصب خصما

(بل) ينصب له الامام خصما فيرد
على (منصوب الامام ولا يحلفه)
لان فائدة الحلف النكول ولا يصح
نكوله واقراره (فاذا رد عليه
المعيب (بعد ثبوته بيع ويدفع
الثمن اليه ويرد النقص والفضل
الى محله) لان الغرم بالغنم درر
(وجد) المشترى (بمشريه عيبا
وأراد الرد به فاصطلحا على أن
يدفع البائع الدراهم الى المشترى
ولا يرد عليه جاز) ويجعل حطا من
الثمن (وعلى العكس) وهو أن
يصطلحا على أن يدفع المشترى
الدراهم الى البائع ويرد عليه
(لا) يصح لانه لا وجه له غير الرشوة
فلا يجوز وفي الصغرى ادعى عيبا
فصالحه على مال ثم برأ أو ظهر
أن لا عيب فللبائع أن يرجع بما
ادى ولو زال بمعالجة المشترى لا
قنية (رضى الوكيل بالعيب لزم
الموكل ان كان المبيع مع العيب)
الذى به (يساوى الثمن) المسمى
(والا) يساوه (لا) يلزم الموكل
اه (فروع) لا يحل كتمان العيب
في مبيع أو ثمن لان الغش حرام
الا في مسألتين الاولى الاسير
اذا شرى شيئا ثمة ودفع الثمن
مغشوشا جاز ان كان حرا لا عبدا

المراد بالامين ما يعم الامام ليوافق الدليل المدعى لان الامام نفسه أمين بيت المال عزمية وبين في الذخيرة وجه كونه لا ينتصب خصما بأن بيع الامام خرج على وجه القضاء بالنظر للغانمين فلو صار خصما خرج بيعه عن أن يكون قضاء لان القاضي لا يصلح خصما اه (قوله ولا يحلفه) اى لا يحلف منصوب الامام لو لم يكن عند المشترى بينة قال في البحر ولا يقبل اقراره بالعيب ولا يمين عليه لو أنكر وانما هو خصم لاثباته بالبينة كالاب ووصيه في مال الصغير بخلاف الوكيل بالخصومة اذا أقر على موكله في غير مجلس القضاء فانه وان لم يصح لكنه ينعزل به اه قلت لكن في الذخيرة فلو أقر منصوب الامام لم يصح اقراره ويخرجه القاضي عن الخصومة وينصب للمشترى خصما آخر اه ومقتضاه انه مثل الوكيل بالخصومة تأمل (قوله ولا يصح نكوله واقراره) المناسب أن يقول ولا يصح نكوله لانه اما بذل أو اقرار ولا يصح بذله ولا اقراره اه ح (قوله ويرد النقص والفضل الى محله) أى ان نقص الثمن الآخر عن الاول ان كان المبيع من الاربعة أخماس يعطى منها وان كان من الخمس يعطى منه وكذا الزيادة توضع فيما كان المبيع منه ح عن الدرر (قوله لان الغرم بالغنم) المراد به هنا أن الغرم وهو رد النقص الى المشترى بسبب الغنم وهو رد الفضل الى محله (قوله الدراهم) الاولى دراهم بالتنكير ط (قوله لا يصح) الا اذا حدث به عيب عند المشترى كما بحثه الخير الرملي قلت ويستثنى أيضا ما اذا لم يقر البائع بالعيب لما في جامع الفصولين شراه بمائة وقبضه فطعن بعيب فتصالحا على أن يأخذه البائع ويرد مائة الا واحدا قال ان أقر البائع أن العيب كان عنده فعليه رد باقي الثمن والا ملك الباقي وهو قول ابي يوسف اه (قوله لانه لا وجه له غير الرشوة) في جامع الفصولين لانه ربا ولصاحب البحر رسالة في الرشوة ذكر ط هنا حاصلها ومحل الكلام عليها في القضاء وسنذكره هناك ان شاء الله تعالى (قوله ولو زال بمعالجة لا) أى لا يرجع وعبر عنه في جامع الفصولين بقيل حيث قال ولو قبض بدل الصلح وزال ذلك العيب يرد بدل الصلح وقيل هذا لو زال بلا علاجه فان زال بعلاجه لا يرد اه (فرع) لو شرياه فوجدا عيبا فصالح احدهما البائع من حصته فليس للآخر أن يخاصم وهذا فرع مسألة ان رجلين لو شريا فوجدا عيبا ليس لاحدهما الرد بدون الآخر عنده وعندهما لكل منهما رد حصته جامع الفصولين (قوله رضى الوكيل بالعيب) أى الوكيل بالشراء (قوله يساوى الثمن المسمى) أى الذى اشتراه به كما في الخانية عن المنتقى بعدما ذكر قولا آخر وهو انه ان كان قبل قبض المبيع لزم الموكل لو العيب يسيرا والا فيلزم الوكيل وان اليسير ما لا يفوت جنس المنفعة كقطع يد واحدة وفقء عين بخلاف قطع اليدين وفقء العينين فهو فاحش وذكر أن السرخسى قال ان ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش بأن لا يقومه أحد مع العيب بقيمة الصحيح وان ما في المنتقى قريب من هذا ثم قال وفي الزيادات ان رضى قبل القبض لزم الموكل وان بعده لزم الوكيل ولم يفصل بين اليسير والفاحش والصحيح ما في المنتقى سواء كان قبل القبض أو بعده لانه يصير كأنه اشتراه مع العلم بالعيب فان كان لا يساوى ذلك الثمن لا يلزم الآمر اه فافهم (تنبيه) قال في البحر والى هنا ظهر أن خيار العيب يسقط بالعلم به وقت البيع أو وقت القبض او الرضى به بعدهما أو باشتراط البراءة من كل عيب أو الصلح على شئ أو الاقرار بأن لا عيب به اذا عينه كقوله ليس بآبق فانه اقرار بانتفاء الاباق بخلاف قوله ليس به عيب كما مر اه ملخصا (قوله لان الغش حرام) ذكر في البحر أول الباب بعد ذلك عن البزازية عن الفتاوى اذا باع سلعة معيبة عليه البيان وان لم يبين قال بعض مشايخنا يفسق وترد شهادته قال الصدر لا نأخذ به اه قال في النهر أى لا نأخذ بكونه يفسق بمجرد هذا لانه صغيرة اه قلت وفيه نظر لان الغش من أكل اموال الناس بالباطل فكيف يكون صغيرة بل الظاهر في تعليل كلام الصدر أن فعل ذلك مرة بلا اعلان لا يصير به مردود الشهادة وان كان كبيرة كما في شرب المسكر (قوله الاولى الاسير اذا شرى شيئا الخ) عبارة الاشباه عن الولوالجية اشترى الاسير المسلم من دار الحرب ودفع الثمن الخ والمتبادر منه أن الاسير فاعل الشراء كما هو صريح عبارة الشارح وليس كذلك بل هو مفعوله لان نص عبارة الولوالجية هكذا رجل اشترى الاسير من أهل الحرب وأعطاهم الزيوف والستوقة أو اشترى بعروض وأعطاهم العروض المغشوشة جاز لان شراء الاحرار ليس بشراء ليجب عليه المال المسمى لكنه طريق لتخليصهم فكيفما استطاع تخليصهم له أن يفعل وعلى هذا قالوا اذا اضطر المرء الى اعطاء جعل العوان اجزأه أن يعطيه الزيوف والستوقة وينقص الوزن بدليل مسألة الاسير وهذا اذا كان الاسراء احرارا

مطلب في الصلح عن العيب

مطلب في جملة ما يسقط به خيار العيب

فان

فان كانوا عبيدا لايسعه شئ من ذلك اذا دخل بأمان اهـ ومثله فى الخانية رجل اشترى الاسراء من أهل الحرب جاز له أن يعطيهم الزيوف والمغشوش لان شراء الاحرار لايكون شراء حقيقة وان كان الاسراء عبيدا لايسعه ذلك اهـ (قوله فى الجبايات) جمع جباية بالباء الموحدة قال فى فتح القدير الجبايات الموظفة على الناس ببلاد فارس على الضياع وغيرها للسلطان فى كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فانها ظلم بيرى ونقل قبله ماقدمناه آنفا عن الولوالجية من مسألة جعل العوان (قوله فسخ فى حق الكل) أى المتبايعين وغيرهما وقد ذكر ذلك فى البحر عند قول الكنز ولو باع المبيع فرد عليه الخ ثم أورد على ذلك مسائل منها مسألة الحوالة المذكورة ومنها انه لو كان المبيع عقارا فرد بعيب لم يبطل حق الشفيع فى الشفعة ولو كان فسخا لبطلت الحوالة والشفعة ثم ذكر أنه أجاب فى المعراج بأنه فسخ فيما يستقبل لا فى الاحكام الماضية بدليل أن زوائد المبيع للمشترى ولا يردها مع الاصل قلت وعليه فلا محل للاستثناء الذى ذكره الشارح تأمل (قوله لو أحال البائع بالثمن) صورة المسألة كما فى الذخيرة باع عبدا من رجل بألف درهم ثم ان البائع أحال غريما على المشترى حوالة مقيدة بالثمن فمات العبد قبل القبض حتى سقط الثمن أو رد العبد بخيار رؤية أو بخيار شرط أو خيار عيب قبل القبض أو بعده لا تبطل الحوالة استحسانا الا انها تعتبر متعلقة بمثل ما اضيفت الحوالة اليه من الدين فلا تكون متعلقة بعين ذلك الدين وتعتبر مطلقة اذا ظهر أن الدين لم يكن واجبا وقت الحوالة وقيد بما اذا أحال البائع لانه اذا أحال المشترى البائع ثم رد المشترى بالعيب بقضاء فان القاضى يبطل الحوالة بيرى قلت ولم يذكر أن المشترى أحال البائع على آخر حوالة مقيدة فظاهره انها مطلقة مع انه صرح فى الجوهرة من الحوالة بأن المطلقة لا تبطل بحال ولا تنقطع فيها المطالبة مع أن المقيدة هنا بقيت والمطلقة بطلت لكن بقاء المقيدة هنا استحسان كما علمت والقياس بطلانها اذا ظهر بطلان المال الذى قيدت به وهو الثمن هنا وانما بطلت المطلقة هنا لبطلان المال الذى كان للمحتال وهو البائع وانما لا تبطل المطلقة ببطلان ما على المحال عليه تأمل (قوله ثم رد المبيع) بالبناء للمجهول أى رده المشترى على البائع (قوله من غير المشترى) أما لو باعه منه ثانيا جاز ط ولا يرد عليه ماسيذكره المصنف فى فصل التصرف فى المبيع والثمن من انه لو باع المنقول من بائعه قبل القبض لم يصح لان ذاك فيما اذا كان العقد الاول باقيا بدليل ماذكره فى باب الاقالة من انها فسخ فى حقهما فيجوز للبائع بيعه من المشترى قبل قبضه (قوله وكان منقولا) احترازعن العقار لجواز بيعه قبل قبضه خلافا لمحمد وزفر أفاده ط (قوله لانه ضمان العهدة) وهو باطل عند الامام للاشتباه كما سيأتى فى الكفالة ان شاء الله تعالى وهنا لما ضمن عيوبه يحتمل أن المراد أنه يداويه منها ويحتمل أن يضمن له النقصان أو انه يضمن له الرد على البائع من غير منازعة فلما كان الضمان فاسدا ط (قوله لانه ضمان العيوب) أى وهو عنده ضمان الدرك كما فى الهندية فهو كالمسألة المذكورة بعد ط (قوله ضمن الثمن) أى للمشترى ولو مات عنده قبل أن يرده وقضى على البائع بنقصان العيب كان للمشترى أن يرجع على الضامن ولو ضمن له بحصة ما يجد من العيوب فيه من الثمن فهو جائز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف فان رده المشترى رجع على الضامن بذلك كما يرجع على البائع ذخيرة (قوله لم يرده) لانه عيب حدث عند المشترى ط (قوله وان قبله) أى وان حصلت الغلبة قبل القبض ط (قوله لتفرق الصفقة عليه) أى بهلاك بعض المبيع قبل قبضه بآفة سماوية وقدمنا عن جامع الفصولين انه يطرح عن المشترى حصة النقصان من الثمن وهو مخير فى الباقى بين أخذه بحصته أو تركه والله سبحانه وتعالى أعلم

(باب البيع الفاسد)

أخره عن الصحيح لكونه عقدا مخالفا للدين كما أوضحه فى الفتح وسيأتى انه معصية يجب رفعها وسيأتى فى باب الربا أن كل عقد فاسد فهو ربا يعنى اذا كان فساده بالشرط الفاسد وفى القاموس فسد كنصر وقعد وكرم فسادا وفسودا ضد صلح فهو فاسد وفسيد ولم يسمع انفسد اهـ ونقل فى الفتح انه يقال للحم الذى لا ينتفع به لدود ونحوه بطل واذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم وفيه مناسبة للمعنى الشرعى وهو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه ومرادهم من مشروعية أصله كونه مالا متقوما لا جوازه وصحته لان فساده يمنع صحته أو أطلقوا

الثانية يجوز اعطاء الزيوف والناقص فى الجبايات أشباه وفيها رد المبيع بعيب بقضاء فسخ فى حق الكل الا فى مسألتين احداهما لو أحال البائع بالثمن ثم رد المبيع بعيب بقضاء لم تبطل الحوالة الثانية لو باعه بعد الرد بعيب بقضاء من غير المشترى وكان منقولا لم يجز قبل قبضه ولو كان فسخا لجاز وفى البزازية شرى عبدا فضمن له رجل عيوبه فاطلع على عيب ورده لم يضمن لانه ضمان العهدة وضمنه الثانى لانه ضمان العيوب وان ضمن السرقة أو الحرية أو الجنون أو العمى فوجده كذلك ضمن الثمن وفى جواهر الفتاوى شرى ثمرة كرم ولا يمكن قطافها لغلبة الزنابير ان بعد القبض لم يرده وان قبله فان انتقص المبيع بتناول الزنابير فله الفسخ لتفرق الصفقة عليه

(باب البيع الفاسد)

مطلب في ضمان العيوب

المراد بالفاسد الممنوع مجازا عرفيا فيعم الباطل والمكروه وقد يذكر فيه بعض الصحيح تبعا وكل ما أورث خللا في ركن البيع فهو مبطل وما أورثه في غيره فمفسد (بطل بيع ما ليس بمال) والمال ما يميل اليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع درر

المشروعية عليه نظرا الى انه لو خلا عن الوصف لكان مشروعا وأما الباطل ففي المصباح بطل الشئ يبطل بطلا وبطولا وبطلانا بضم الاوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل والجمع بواطل أو أباطيل اهـ وفيه مناسبة للمعنى الشرعي وهو ما لا يكون مشروعا لا بأصله ولا بوصفه وأما المكروه فهو لغة خلاف المحبوب واصطلاحا ما نهي عنه لمجاور كالبيع عند أذان الجمعة وعرّفه في البناية بما كان مشروعا بأصله ووصفه لكن نهي عنه لمجاور ويمكن ادخاله تحت الفاسد أيضا على ارادة الاعم وهو ما نهي عنه فيشمل الثلاثة كما في البحر (قوله المراد بالفاسد الممنوع الخ) قد علمت أن الفاسد مباين للباطل لان ما كان مشروعا بأصله فقط يباين ما ليس بمشروع أصلا وأيضا حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض والباطل لا يفيده أصلا وتباين الحكم من دليل تباينهما فاطلاق الفاسد في قولهم باب البيع الفاسد على ما يشمل الباطل لا يصح على حقيقته فاما أن يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص أو يجعل مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وتمامه في الفتح ثم اعلم أن البيع جائز وقد مرّ باقسامه وغير جائز وهو ثلاثة باطل وفاسد وموقوف كذا في الفتح وأراد بالجائز النافذ وبمقابله غيره لا الحرام اذ لو أريد ذلك لخرج الموقوف لما قالوا من أن بيع مال الغير بلا اذنه بدون تسليم ليس بمعصية على انه في المستصفى جعله من قسم الصحيح حيث قال البيع نوعان صحيح وفاسد والصحيح نوعان لازم وغير لازم نهر وذكر في البحر أن البيع المنهي عنه ثلاثة باطل وفاسد ومكروه تحريما وقدمنا وما لا نهي فيه ثلاثة أيضا نافذ لازم ونافذ ليس بلازم وموقوف فالاول ما كان مشروعا بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه والثاني ما لم يتعلق به حق الغير وفيه خيار والموقوف ما تعلق به حق الغير وحصره في الخلاصة في خمسة عشر قلت بل أوصله في النهر الى نيف وثلاثين كما سيأتي في باب بيع الفضولي ثم قال في البحر والصحيح يشمل الثلاثة لانه ما كان مشروعا بأصله ووصفه والموقوف كذلك فهو قسم منه وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه فان حكمه افادة الملك بلا توقف على القبض ولا يضر توقفه على الاجازة كتوقف ما فيه خيار على اسقاطه اهـ قلت ينبغي استثناء بيع المكره فانه موقوف على اجازته مع انه فاسد كما حققناه أول البيوع وحررنا هناك أيضا أن بيع الهزل فاسد لا باطل وان كان لا يفيد الملك بالقبض لكونه أشبه البيع بالخيار وليس كل فاسد يملك بالقبض كما سيأتي (قوله في ركن البيع) هو الايجاب والقبول بأن كان من مجنون أو صبي لا يعقل وكان عليه أن يزيد أو في محله أعني المبيع فان الخلل فيه مبطل بأن كان المبيع ميتة أو دما أو حرا أو خمرا كما في ط عن البدائع (قوله وما أورثه في غيره) اي في غير الركن وكذا في غير المحل وذلك بأن كان في الثمن بأن يكون خمرا مثلا أو بأن كان من جهة كونه غير مقدور التسليم أو فيه شرط مخالف لمقتضى العقد فيكون البيع بهذه الصفة فاسدا لا باطلا لسلامة ركنه ومحله عن الخلل كما في ط عن البدائع وبه ظهر أن الوصف ما كان خارجا عن الركن والمحل (تنبيه) في شرح مسكين ثم الضابط في تمييز الفاسد من الباطل أن احد العوضين اذا لم يكن مالا في دين سماوي فالبيع باطل سواء كان مبيعا أو ثمنا فبيع الميتة والدم والحر باطل وكذا البيع به وان كان في بعض الاديان مالا دون البعض ان امكن اعتباره ثمنا فالبيع فاسد فبيع العبد بالخمر أو الخمر بالعبد فاسد وان تعين كونه مبيعا فالبيع باطل فبيع الخمر بالدراهم او الدراهم بالخمر باطل اهـ قلت وهذا الضابط يرجع الى الفرق بينهما من حيث المحل فقط وما مرّ من حيث الركن والمحل فهو أعم فافهم (قوله بطل بيع ما ليس بمال) أي ما ليس بمال في سائر الاديان بقرينة قوله والبيع به فان ما يبطل سواء كان مبيعا أو ثمنا ما ليس بمال أصلا بخلاف نحو الخمر فان بيعه باطل اذا تعين كونه مبيعا أما لو أمكن اعتباره ثمنا فبيعه فاسد كما علمته من الضابط المذكور آنفا لان البيع وان كان مبناه على البدلين لكن الاصل فيه المبيع دون الثمن ولذا ينفسخ البيع بهلاك المبيع دون الثمن ولان الثمن غير مقصود بل هو وسيلة الى المقصود وهو الانتفاع بالاعيان (قوله والمال) أي من حيث هو لا المذكور قبله لان التعريف المذكور يدخل فيه الخمر فهي مال وان لم تكن متقومة ولذا قال بعده وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير فان المتقوم هو المال المباح الانتفاع به شرعا وقدمنا أول البيوع تعريف المال بما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة وانه خرج بالادخار المنفعة فهي ملك لا مال لان الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص كما في التلويح فالاولى ما في الدرر من قوله المال موجود يميل اليه الطبع الخ فانه يخرج بالموجود المنفعة فافهم ولا يرد أن المنفعة

مطلب في أنواع البيع

مطلب البيع الموقوف من قسم الصحيح

مطلب في تعريف المال

تملك بالاجارة لان ذلك تمليك لا بيع حقيقة ولذا قالوا ان الاجارة بيع المنافع حكما اى ان فيها حكم البيع وهو التمليك لا حقيقته فاغتنم هذا التحرير (قوله فخرج التراب) اى القليل مادام فى محله والا فقد يعرض له بالنقل ما يصير به مالا معتبرا ومثله الماء وخرج أيضا نحو حبة من حنطة والعذرة الخالصة بخلاف المخلوطة بتراب ولذا جاز بيعها كسرقين كما يأتى وخرج أيضا المنفعة على ما ذكرنا آنفا (قوله والميتة) بفتح الميم وسكون الياء التى ماتت حتف انفها لا بسبب وبتشديد الياء المكسورة التى لم تمت حتف انفها بل بسبب غير الذكاة كالمنخنقة والموقوذة نوح افندى ولم أر هذا الفرق فى القاموس ولا فى المصباح ولا غيرهما فراجعه (قوله ولا فرق فى حق المسلم الخ) أما فى حق الذمى فيراد بها الاول وأما الثانى فاختلفت عباراتهم فيه ففى التجنيس جعله قسما من الصحيح لانهم يدينونه ولم يحك خلافا وجعله فى الايضاح قول أبى يوسف وعند محمد لا يجوز وجزم فى الذخيرة بفساده وجعله فى البحر من اختلاف الروايتين نهر وعبارة البحر وحاصله أن فيما لم يمت حتف أنفه بل بسبب غير الذكاة روايتين بالنسبة الى الكافر فى رواية الجواز وفى رواية الفساد وأما البطلان فلا وأما فى حقنا فالكل سواء اه وذكر ط أن عدم الفرق فى حقنا فى المنخنقة مثلا اذا قوبلت بدراهم حتى تعين كونها مبيعا أما اذا قوبلت بعين أمكن اعتبارها ثمنا فكان فاسدا بالنظر الى العوض الآخر باطلا بالنظر اليها وهذا ما اقتضاه الضابط السابق اه (قوله التى ماتت حتف انفها) الحتف الهلاك يقال مات حتف أنفه اذا مات بغير ضرب ولا قتل ومعناه أن يموت على فراشه فيتنفس حتى ينقضى رمقه ولهذا خص الانف مصباح (قوله او بخنق) مثل كتف وبسكن تخفيفا مصباح (تنبيه) لم يذكروا حكم دودة القرمز أما اذا كانت حية فينبغى جريان الخلاف الآتى فى دود القز وبزره وبيضه وأما اذا كانت ميتة وهو الغالب فانها على ما بلغنا تخنق فى الكلس او الخل فمقتضى ما مر بطلان بيعها بالدراهم لانها ميتة وقد ذكر سيدى عبد الغنى النابلسى فى رسالة أن بيعها باطل وانه لا يضمن متلفها لانها غير مال قلت وفيه انها من أعز الاموال اليوم ويصدق عليها تعريف المال المتقدم ويحتاج اليها الناس كثيرا فى الصباغ وغيره فينبغى جواز بيعها كبيع السرقين والعذرة المختلطة بالتراب كما يأتى مع أن هذه الدودة ان لم يكن لها نفس سائلة تكون ميتتها طاهرة كالذباب والبعوض وان لم يجز اكلها وسيأتى أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع وانه يجوز بيع العلق للحاجة مع انه من الهوام وبيعها باطل وكذا بيع الحيات للتداوى وفى القنية وبيع غير السمك من دواب البحر لو له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز والا فلا وجمل الماء قيل يجوز حيا لا ميتا والحسن أطلق الجواز اه فتأمل ويأتى له مزيد بيان عند الكلام على بيع دود القز والعلق (قوله والبيع به) أى بما ليس بمال (قوله والمعدوم كبيع حق التعلى) قال فى الفتح واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان المبيع حينئذ ليس الا حق التعلى وحق التعلى ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع والمبيع لا بد أن يكون أحدهما بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض فلو باعه قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض اه والحاصل أن بيع العلو صحيح قبل سقوطه لا بعده لان بيعه بعد سقوطه بيع لحق التعلى وهو ليس بمال ولذا عبر فى الكنز بقوله وعلو سقط وعبر فى الدرر بحق التعلى لانه المراد من قول الكنز وعلو سقط كما علمته من عبارة الفتح فالمراد من العبارتين واحد فلذا فسر الشارح احداهما بالاخرى دفعا لما يتوهم من اختلاف المراد منهما فافهم (تنبيه) لو كان العلو لصاحب السفل فقال بعتك علو هذا السفل بكذا صح ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشترى حق القرار حتى لو انهدم العلو كان له أن يبنى عليه علوا آخر مثل الاول لان السفل اسم لمبنى مسقف فكان سطح السفل سقفا للسفل خانية (قوله لانه معدوم) يغنى عنه قول المصنف والمعدوم أفاده ط (قوله ومنه) اى من بيع المعدوم (قوله بيع ما اصله غائب) اى ما ينبت فى باطن الارض وهذا اذا كان لم ينبت أو نبت ولم يعلم وجوده وقت البيع والا جاز بيعه كما يأتى قريبا (قوله وفجل) بضم الفاء وبضمتين قاموس (قوله كورد وياسمين) فانه يخرج بالتدريج ط (قوله وورق فرصاد) قيل هو التوت الاحمر وقال ابو عبيد هو التوت وفى التهذيب قال الليث الفرصاد شجر معروف مصباح (قوله وبه افتى بعض مشايخنا) بالياء فى مشايخ لا بالهمزة قال القهستانى وأفتى العقيلى وغيره بجوازه

فخرج التراب ونحوه (كالدم) المسفوح فجاز بيع كبد وطحال (والميتة) سوى سمك وجراد ولا فرق فى حق المسلم بين التى ماتت حتف انفها او بخنق ونحوه (والحر والبيع به) اى جعله ثمنا بادخال الباء عليه لان ركن البيع مبادلة المال بالمال ولم يوجد (والمعدوم كبيع حق التعلى) اى علو سقط لانه معدوم ومنه بيع ما اصله غائب كجزر وفجل او بعضه معدوم كورد وياسمين وورق فرصاد وجوزه مالك لتعامل الناس وبه أفتى بعض مشايخنا عملا بالاستحسان

بتبعية الموجود اذا كان اكثر من المعدوم اه ط قلت وهو رواية عن محمد وقدمنا الكلام عليه في فصل مايدخل تبعا (قوله هذا اذا نبت الخ) الاشارة الى قوله ما اصله غائب وكان الاولى أن يقول هذا اذا لم ينبت أونبت ولم يعلم وجوده فانه لايجوز بيعه فيهما كما في ط عن الهندية (قوله وله خيار الرؤية الخ) قال في الهندية ان كان المبيع في الارض ممايكال أويوزن بعد القلع كالثوم والجزر والبصل فقلع المشترى شيأ باذن البائع اوقلع البائع ان كان المقلوع ممايدخل تحت الكيل اوالوزن اذا رأى المقلوع ورضى به لزم البيع في الكل وتكون رؤية البعض كرؤية الكل اذا وجد الباقى كذلك وان كان المقلوع شيأ يسيرا لايدخل تحت الوزن لايبطل خياره قال في الجوهرة وان كان يباع بعد القلع عددا كالفجل فقلع البائع أوقلع المشترى باذن البائع لايلزمه الكل لانه من العدديات المتفاوتة بمنزلة الثياب والعبيد وان قلعه بلا اذن البائع لزمه الكل الا أن يكون ذلك شيأ يسيرا وان أبى كل القلع تبرع متبرع بالقلع أوفسخ القاضى العقد اه ط قلت بقى شئ لم أر من نبه عليه وهو مايكون أصله تحت الارض ويبقى سنين متعددة مثل القصفصة تزرع في أرض الوقف وتكون كالكردار للمستأجر في زماننا فاذا باع ذلك الاصل وعلم وجوده في الارض صح بيعه لكنه لايرى ولا يقصد قلعه لانه أعد للبقاء فهل للمشترى فسخ البيع بخيار الرؤية الظاهر نعم لان خيار الرؤية يثبت قبل الرؤية تأمل (قوله مافى ظهور الآباء من المنى) موافق لمافى الدرر والمنح وعبارة البحر المضامين جمع مضمونة مافى أصلاب الابل والملاقيح جمع ملقوح مافى بطونها وقيل بالعكس (قوله والملاقيح الخ) يجب أن يحمل ههنا على مايكون والا كان حملا وسيأتى أن بيع الحمل فاسد لاباطل درر قلت وفى فساده كلام سيأتى (قوله والنتاج بكسر النون) كذا ضبطه النووى واختاره المصنف يعنى صاحب الدرر وضبطه الكاكى بفتح النون وهو مصدر نتجت الناقة على البناء للمفعول والمراد به هنا المنتوج وفسره الزيلعى والرازى ومسكين بحبل الحبلة وتبعهم المصنف نوح (قوله حبل الحبلة) بالفتحتين فيهما قال في المغرب مصدر حبلت المرأة حبلا فهى حبلى سمى به المحمول كما سمى بالحمل وانما أدخل عليه التاء للاشعار بمعنى الانوثة لان معناه النهى عن بيع ماسوف يحمله الجنين ان كان انثى ومن روى الحبلة بكسر الباء فقد أخطأ اه نوح (قوله وبيع امة الخ) علله في الدرر بأنه بيع معدوم ومقتضاه أن يكون معطوفا على قوله حق التعلى اوقوله والنتاج فكان الواجب اسقاط لفظ بيع نوح (قوله ذكر الضمير) اى أتى به مذكرا مع أن الامة مؤنثة مراعاة لتذكير الخبر وهو عبد اوباعتبار الواقع (قوله وعكسه) بالرفع عطفا على قوله بيع وبالجر عطفا على امة ط (قوله بخلاف البهائم) كما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير بحر (قوله والاصل الخ) قال في الهداية والفرق يبتنى على الاصل الذى ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله تعالى وهو أن الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خباز فاذا هو كاتب وفى مسألتنا الذكر والانثى من بنى آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها اه قال في البحر والاصل المذكور متفق عليه هنا ويجرى في سائر العقود من النكاح والاجارة والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال وبه ظهر أن الذكر والانثى في الآدمى جنسان في الفقه وان اتحدا جنسا في المنطق لانه الذاتى المقول على كثيرين مختلفين بمميزداخل وفى الفقه المقول على كثيرين لايتفاوت الغرض منها فاحشا قال في الفتح ومن المختلفى الجنس ما اذا باع فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح البيع ويخير (قوله ولو من كافر) نقله في البحر أيضا عن البزازية وأقره قلت وينبغى أن يجرى فيه الخلاف المار فيما ماتت بسبب غير الذبح ممايدين به أهل الذمة بل هذا بالاولى لانه ممايدين به بعض المجتهدين وكون حرمته بالنص لايقتضى بطلان بيعه بين أهل الذمة لان حرمة المنخنقة بالنص أيضا ولما اعتقدوا حلها لم نحكم ببطلان بيعها بينهم نعم لوباع متروك التسمية عمدا مسلم يقول بحله كشافعى نحكم ببطلان بيعه لانه ملتزم لاحكامنا ومعتقد لبطلان ما خالف النص فنلزمه ببطلان البيع بالنص بخلاف اهل الذمة لانا أمرنا بتركهم ومايدينون فيكون بيعه بينهم صحيحا أوفاسدا لاباطلا كما مر ويؤيده مامر في شركة المفاوضة من عدم صحتها بين مسلم وذمى لعدم التساوى في التصرف وتصح بين حنفى وشافعى وان كان يتصرف في متروك التسمية وعللوه بأن ولاية الالزام

مطلب في بيع المغيب في الارض

مطلب في بيع اصل القصفصة

هذا اذا نبت ولم يعلم وجوده فاذا علم جاز وله خيار الرؤية وتكفى رؤية البعض عندهما وعليه الفتوى شرح مجمع (والمضامين) مافى ظهور الآباء من المنى (والملاقيح) جمع ملقوحة مافى البطن من الجنين (والنتاج) بكسر النون حبل الحبلة اى نتاج النتاج لدابة أوآدمى (وبيع أمة تبين انه) ذكر الضمير لتذكير الخبر (عبد وعكسه) بخلاف البهائم والاصل أن الذكر والانثى من بنى آدم جنسان حكما فيبطل وفى سائر الحيوانات جنس واحد فيصح ويتخير لفوات الوصف (ومتروك التسمية عمدا) ولو من كافر بزازية

مطلب فيما اذا اجتمعت الاشارة مع التسمية

قائمة ومعناه ماذكرنا فتدبر (قوله وكذا ماضم اليه) قال فى النهر ومتروك التسمية عمدا كالذى مات حتف انفه حتى يسرى الفساد الى ماضم اليه وكان ينبغى أن لا يسرى لانه مجتهد فيه كالمدبر فينعقد به البيع بالقضاء وأجاب فى الكافى بأن حرمته منصوص عليها فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضاء (قوله وبيع الكراب وكرى الانهار) فى المصباح كربت الارض من باب قتل كرابا بالكسر قلبتها للحرث وفيه أيضا كرى النهر كريا من باب رمى حفر فيه حفرة جديدة (قوله ولوالجية) قال فيها ولو كان لرجل عمارة فى أرض رجل فباعها ان كان بناء أو أشجارا جاز بيعه اذا لم يشترط تركها وان كرابا أو كرى الانهار ونحوه فلم يكن ذلك بمال ولا بمعنى مال لا يجوز اه يعنى يبطل فانه داخل تحت قولنا بطل بيع ما ليس بمال كما لا يخفى وبعدم الجواز فى الكراب وكرى الانهار ونحو ذلك صرح فى الخانية معللا بأنه ليس بمال متقوم منح وتقدمت المسألة أول البيوع مع الكلام على مشد المسكة وبيع البراوات والجامكية والنزول عن الوظائف وأشبعنا الكلام على ذلك كله (قوله فان بيع هؤلاء باطل) كذا فى الهداية وأورد أنه لو كان باطلا لسرى البطلان الى ما ضم اليهم كالمضموم الى الحر وسيأتى أنه لا يسرى وقال بعضهم فاسد وأورد أنه يلزم أن يملكوا بالقبض مع انهم لم يملكوا به اتفاقا وأجيب عنهما بادعاء التخصيص وهو أن من الباطل ما لا يسرى حكمه الى المضموم لضعفه ومن الفاسد ما لا يملك بالقبض وذكر فى الفتح أن الحق أنه باطل ولا تخصيص لجواز تخلف بعض الافراد لخصوصية قلت وماذكره الشارح يصلح بيانا للخصوصية وذلك أن بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية فلذا لم يملكوا بالقبض لا ابتداء لعدم حقيقتها فلذا جاز بيعهم من انفسهم ولا يلزم بطلان بيع قن ضم اليهم لانهم دخلوا فى البيع ابتداء لكونهم محلا له فى الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقى القن بحصته من الثمن وتمامه فى الدرر (قوله وقول ابن الكمال) عبارته البيع فى هؤلاء باطل موقوف ينقلب جائزا بالرضى فى المكاتب وبالقضاء فى الآخرين لقيام المالية اه (قوله قبل البيع) وتنفسخ الكتابة فى ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضى باسقاطه أما اذا باعه بغير رضاه فأجازه لم يجز رواية واحدة لان اجازته لم تتضمن فسخ الكتابة قبل العقد كذا فى السراج وفى الخانية لو بيع بغير رضاه فأجاز بيع مولاه لم ينفذ فى الصحيح من الرواية وعليه عامة المشايخ نهر قلت لكن ذكر فى الهداية آخر الباب فيما لو جمع بين عبد ومدبر وتبعه فى البحر والفتح أن البيع فى هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ فى المكاتب برضاه فى الاصح وفى المدبر بقضاء القاضى وكذا فى أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف اه فقوله موقوف مخالف لقوله هنا باطل وقوله ينفذ فى المكاتب برضاه فى الاصح مخالف للمذكور عن السراج والخانية وبهذا يتأيد ماذكره ابن الكمال وقد يجاب بأن قوله ينفذ فى المكاتب برضاه فى الاصح أى رضاه وقت البيع فيكون موقوفا فى الابتداء على رضاه فلو لم يرض كان باطلا وبهذا تنتفى المخالفة بين كلاميه لكن هذا الجواب لا يتأتى فى عبارة ابن الكمال فتأمل (قوله قلت الاوجه الخ) اى اذا قضى بنفاذ بيع أم الولد قاض يراه لا ينفذ فاذا رفع الى قاض آخر فأمضاه نفذ الاول وان رده ارتد وقدمنا تحقيق ذلك فى باب الاستيلاد (قوله فليكن التوفيق) بحمل ما فى البحر على ما قبل الامضاء وما فى الفتح على ما بعده (قوله وولد هؤلاء كهم) أى ولد أم الولد من غير سيدها بأن زوجها فولدت بعد ما ولدت من سيدها وكذا ولد المدبر والمكاتب المولود بعد التدبير والكتابة وقوله كهم أى فى حكمهم وفيه ادخال الكاف على الضمير وهو قليل (قوله وبيع مبعض) اى معتق البعض كبيع الحر (قوله ابن كمال) ونصه التقوم على ما ذكر فى التلويح ضربان عرفى وهو بالاحراز فغير المحرز كالصيد والحشيش ليس بمتقوم وشرعى وهو باباحة الانتفاع به وهو المراد ههنا منفيا اه اى هو المراد بالتقوم المنفى هنا (قوله كخمر) قيد بها لان بيع ماسواها من الاشربة المحرمة جائز عنده خلافا لهما كذا فى البدائع نهر (قوله وميتة لم تمت حتف انفها) هذا فى حق المسلم أما الذمى ففى رواية بيعها صحيح وفى أخرى فاسد كما قدمناه عن البحر وظاهره أن اختلاف الرواية فى الميتة فقط أما الخمر فصحيح (قوله ونحوه) كالجرح والضرب من اسباب الموت سوى الذكاة الشرعية (قوله فانها) اى الميتة المذكورة أما التى ماتت حتف انفها فهى غير مال عند الكل فلذا بطل بيعها فى حق الكل كما مر (قوله وهذا) اى الحكم المذكور ببطلان البيع بلا تفصيل (قوله اى بالدين)

وكذا ماضم اليه لان حرمته بالنص (وبيع الكراب وكرى الانهار) لانه ليس بمال متقوم بخلاف بناء وشجر فيصح اذا لم يشترط تركها ولوالجية (وما فى حكمه) اى حكم ما ليس بمال (كأم الولد والمكاتب والمدبر المطلق) فان بيع هؤلاء باطل اى بقاء فلم يملكوا بالقبض لا ابتداء فصح بيعهم من انفسهم وبيع قن ضم اليهم درر وقول ابن الكمال بيع هؤلاء باطل موقوف ضعفه فى البحر بأن المرجح اشتراط رضى المكاتب قبل البيع وعدم نفاذ القضاء ببيع أم الولد وصحح فى الفتح نفاذه قلت الاوجه توقفه على قضاء آخر امضاء او ردا عينى ونهر فليكن التوفيق وفى السراج ولد هؤلاء كهم وبيع مبعض كحر (و) بطل (بيع مال غير متقوم) اى غير مباح الانتفاع به ابن كمال فليحفظ (كخمر وخنزير وميتة لم تمت حتف انفها) بل بالخنق ونحوه فانها مال عند الذمى كخمر وخنزير وهذا ان بيعت (بالثمن) اى بالدين

اى مايصح أن يثبت دينا فى الذمة قال ابن كمال انما قال بالدين دون الثمن لان الدين أعم منه والمعتبر المقابل به دون الثمن (قوله بطل فى الكل) لان المبيع هو الاصل وليس محلا للتمليك فبطل فيه فكذا فى الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن عينا فانه مبيع من وجه مقصود بالتملك ولكن فسدت التسمية فوجبت قيمته دون الخمر المسمى (قوله بطل فى الخمر) اى وفى أخويه كما يستفاد من المتن والزيلعى سايحانى قال فى البحر والحاصل أن بيع الخمر باطل مطلقا وانما الكلام فيما قابله فان دينا كان باطلا أيضا وان عرضا كان فاسدا ثم قال وقيدنا بالمسلم لان اهل الذمة لا يمنعون من بيعها لاعتقادهم الحل والتمول وقد أمرنا بتركهم وما يدينون كذا فى البدائع اه ملخصا وظاهره الحكم بصحة بيعها فيما بينهم ولو بيعت بالثمن ويشهد له فروع ذكرها بعده (قوله بقيمته) لم يذكر ابن كمال القيمة وان كانت مرادة ط (قوله ضم الى حر) ولو مبعضا كمعتق البعض كما مر فى باب عتق البعض (قوله لتكون كالحر) اى فلا تكون مالا أصلا أما لو ماتت بخنق أو نحوه فهى مال غير متقوم كما مر آنفا فينبغى أن يصح البيع فيما ضم اليها كبيع قن ضم الى مدبر تأمل (قوله خلافا لهما) فعندهما اذا فصل ثمن كل جاز فى القن والذكية بحصتهما من الثمن لان الصفقة تصير متعددة معنى فلا يسرى الفساد من احداهما الى الاخرى (قوله وظاهر النهاية يفيد أنه فاسد) أى ماضم الى الحر والميتة وهو القن والذكية وعزاه القهستانى للمحيط والمبسوط وغيرهما والظاهر أن المراد بالفاسد الباطل فيوافق مافى الهداية وغيرها من التصريح بالبطلان تأمل (قوله بخلاف بيع قن ضم الى مدبر) كمكاتب وام ولد كما فى الفتح اى فيصح فى القن بحصته لان المدبر محل للبيع عند البعض فيدخل فى العقد ثم يخرج فيكون البيع بالحصة فى البقاء دون الابتداء وفائدة ذلك تصحيح كلام العاقل مع رعاية حق المدبر ابن كمال قلت ومعنى البيع بالحصة بقاء أنه لما خرج المدبر صار القن مبيعا بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقيمة المدبر فما أصاب القن فهو ثمنه وهذا بخلاف ضم القن الى الحر فان فيه البيع بالحصة ابتداء لان الحر لم يدخل فى العقد لعدم ماليته (تنبيه) تقدم أن بيع المدبر ونحوه باطل لعدم دخوله فى العقد وهنا انما دخل لتصحيح العقد فيما ضم اليه قال فى الهداية هنا فصار كمال المشترى لا يدخل فى حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضم اليه اه أى اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة يجوز البيع فى المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان قيل انه لا يصح أصلا فى شئ فتح قلت علم من هذا ما يقع كثيرا وهو أن احد الشريكين فى دار ونحوها يشترى من شريكه جميع الدار بثمن معلوم فانه يصح على الاصح بحصة شريكه من الثمن وهى حادثة الفتوى فلتحفظ وأصرح من ذلك ما سيأتى فى المرابحة فى مسألة شراء رب المال من المضارب مع أن الكل ماله (قوله او قن غيره) معطوف على مدبر (قوله فانه) اى المسجد العامر (قوله بخلاف الغامر بالمعجمة الخراب) بجر الخراب على أنه بدل من الغامر وكان الاولى أن يقول وغيره اى من سائر الاوقاف وحاصله أن المسجد قبل خرابه كالحر ليس بمال من كل وجه بخلافه بعد خرابه لجواز بيعه اذا خرب فى أحد القولين فصار مجتهدا فيه كالمدبر فيصح بيع ماضم اليه ومثله سائر الاوقاف ولو عامرة فانه يجوز بيعها عند الحنابلة ليشترى بثمنها ماهو خير منها كما فى المعراج (قوله فكمدبر) أى فهو باطل أيضا قال فى الشرنبلالية صرح رحمه الله تعالى ببطلان بيع الوقف وأحسن بذلك اذ جعله فى قسم البيع الباطل اذ لاخلاف فى بطلان بيع الوقف لانه لا يقبل التمليك والتملك وغلط من جعله فاسدا وأفتى به من علماء القرن العاشر ورد كلامه بجملة رسائل ولنا فيه رسالة هى حسام الحكام متضمنة لبيان فساد قوله وبطلان فتواه اه والغالط المذكور هو قاضى القضاة نور الدين الطرابلسى والعلامة احمد بن يونس الشلبى كما ذكره الشرنبلالى فى رسالته المذكورة (قوله ولو محكوما به الخ) قال فى النهر تكميل قد علمت أن الاصح فى الجمع بين الوقف والملك أنه يصح فى الملك وقيده بعض موالى الروم هو مولانا ابو السعود جامع أشتات العلوم تغمده الله تعالى برضوانه بما اذا لم يحكم بلزومه فافتى بفساد البيع فى هذه الصورة ووافقه بعض علماء العصر من المصريين ومنهم شيخنا الاخ الا أنه قال فى شرحه هنا يرد عليه ما صرح به قاضى خان من أن الوقف بعد القضاء تسمع دعوى الملك فيه وليس هو كالحر بدليل انه لو ضم الى ملك لا يفسد البيع فى الملك وهكذا فى الظهيرية وهذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع الى الحق وهو اطلاق الوقف لانه بعد القضاء وان صار لازما بالاجماع لكنه يقبل البيع بعد لزومه اما بشرط الاستبدال على المفتى به من قول

كدراهم ودنانير ومكيل وموزون بطل فى الكل وان بيعت بعين كعرض بطل فى الخمر وفسد فى العرض فيملكه بالقبض بقيمته ابن كمال (و) بطل (بيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة ماتت حتف أنفها) قيد به لتكون كالحر (وان سمى ثمن كل) اى فصل الثمن خلافا لهما ومبنى الخلاف أن الصفقة لا تتعدد بمجرد تفصيل الثمن بل لا بد من تكرار لفظ العقد عنده خلافا لهما وظاهر النهاية يفيد أنه فاسد (بخلاف بيع قن ضم الى مدبر) او نحوه فانه يصح (او قن غيره وملك ضم الى وقف) غير المسجد العامر فانه كالحر بخلاف الغامر بالمعجمة الخراب فكمدبر أشباه من قاعدة اذا اجتمع الحرام والحلال (ولو محكوما به) فى الاصح خلافا لما أفتى به المنلا أبو السعود

مطلب
فيما اذا اشترى أحد الشريكين جميع الدار المشتركة من شريكه

مطلب
فى بطلان بيع الوقف وصحة بيع الملك المضموم اليه

فيصح بحصته فى القنّ وعبده والملك لانها مال فى الجملة ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح عينى (كما بطل بيع صبىّ لا يعقل ومجنون) شيأ وبول (ورجيع آدمىّ لم يغلب عليه التراب) فلو مغلوبا به جاز كسرقين وبعر واكتفى فى البحر بمجرّد خلطه بتراب (وشعر الانسان) لكرامة الآدمىّ ولو كافرا ذكره المصنف وغيره فى بحث شعر الخنزير (وبيع ما ليس فى ملكه) لبطلان بيع المعدوم وماله خطر العدم (لا بطريق السلم) فانه صحيح لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم (و) بطل (بيع مع نفى الثمن فيه) لانعدام الركن وهو المال (و) البيع الباطل (حكمه عدم ملك المشترى اياه) اذا قبضه (فلا ضمان لو هلك) المبيع (عنده) لانه امانة وصحح فى القنية ضمانه قيل وعليه الفتوى وفيها بيع الحربىّ اباه او ابنه قيل باطل وقيل فاسد وفى وصاياها بيع الوصىّ مال اليتيم بغبن فاحش باطل وقيل فاسد ورجح

مطلب
الآدمىّ مكرّم شرعا ولو كافرا

ابى يوسف أو بورود غصب عليه ولا يمكن انتزاعه ونحو ذلك والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب اهـ والحاصل أن ههنا مسألتين * الاولى أن بيع الوقف باطل ولو غير مسجد خلافا لمن أفتى بفساده لكن المسجد العامر كالحرّ وغيره كالمدبر * المسألة الثانية أنه اذا كان كالمدبر يكون بيع ما ضمّ اليه صحيحا ولو كان الوقف محكوما بلزومه خلافا لما أفتى به المفتى ابو السعود (قوله فيصح) تفريع على قول المصنف فيصح الخ على وجه الترتيب (قوله لانها) اى المدبر وقنّ الغير والوقف (قوله لم يصح) لما مرّ من أن المسجد العامر كالحرّ فيبطل بيع ما ضمّ اليه لكن نقل فى البحر عن المحيط أن الاصح الصحة فى الملك لان ما فيها من المساجد والمقابر مستثنى عادة اهـ اى فلم يوجد ضمّ الملك الى المسجد بل البيع واقع على الملك وحده (قوله لا يعقل) قيد به لان الصبىّ العاقل اذا باع او اشترى انعقد بيعه وشراؤه موقوفا على اجازة وليه ان كان لنفسه ونافذا بلا عهدة عليه ان كان لغيره بطريق الولاية ط عن المنح وهذا اذا باع الصبىّ العاقل ماله او اشترى بدون غبن فاحش والا لم يتوقف لانه حينئذ لا يصح من وليه عليه كما يأتى فلا يصح منه بالاولى (قوله شيأ) قدره للاشارة الى أن الاضافة فى بيع صبىّ من اضافة المصدر الى فاعله ط (قوله جاز) اى بيعه ط (قوله كسرقين وبعر) فى القاموس السرجين والسرقين بكسرهما معرّبا سركين بالفتح وفسره فى المصباح بالزبل قاله ط والمراد أنه يجوز بيعهما ولو خالصين اهـ وفى البحر عن السراج ويجوز بيع السرقين والبعر والانتفاع به والوقود به (قوله واكتفى فى البحر) حيث قال كما نقله عنه فى المنح ولم ينعقد بيع النحل ودود القز الا تبعا ولا بيع العذرة خالصة بخلاف بيع السرقين والمخلوطة بتراب اهـ (قوله وشعر الانسان) ولا يجوز الانتفاع به لحديث لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما رخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد فى قرون النساء وذوائبهن هداية (فرع) لو أخذ شعر النبىّ صلى الله عليه وسلم ممن عنده وأعطاه هدية عظيمة لا على وجه البيع فلا بأس به سائحانى عن الفتاوى الهندية (قوله ذكره المصنف) حيث قال والآدمىّ مكرّم شرعا وان كان كافرا فايراد العقد عليه وابتذاله به والحاقه بالجمادات اذلال له اهـ اى وهو غير جائز وبعضه فى حكمه وصرّح فى فتح القدير ببطلانه ط قلت وفيه أنه يجوز استرقاق الحربىّ وبيعه وشراؤه وان أسلم بعد الاسترقاق الا أن يجاب بأن المراد تكريم صورته وخلقته ولذا لم يجز كسر عظام ميت كافر وليس ذلك محل الاسترقاق والبيع والشراء بل محله النفس الحيوانية فلذا لا يملك بيع ابن أمته فى ظاهر الرواية كما سيأتى فليتأمل (قوله وبيع ما ليس فى ملكه) فيه أنه يشمل بيع ملك الغير بوكالة أو بدونها مع أن الاول صحيح نافذ والثانى صحيح موقوف وقد يجاب بأن المراد بيع ما سيملكه قبل ملكه له ثم رأيته كذلك فى الفتح فى أوّل فصل بيع الفضولىّ وذكر أن سبب النهى فى الحديث ذلك (قوله لبطلان بيع المعدوم) اذ من شرط المعقود عليه أن يكون موجودا مالا متقوّما مملوكا فى نفسه وأن يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه وأن يكون مقدور التسليم منح (قوله وماله خطر العدم) كالحمل واللبن فى الضرع فانه على احتمال عدم الوجود وأما بيع نتاج النتاج فهو من امثلة المعدوم فافهم (قوله لا بطريق السلم) فلو بطريق السلم جاز وكذا لو باع ما غصبه ثم أدّى ضمانه كما قدمناه اول البيوع (قوله لانعدام الركن وهو المال) اى من أحد الجانبين فلم يكن بيعا وقيل ينعقد لان نفيه لم يصح لانه نفى العقد فصار كانه سكت عن ذكر الثمن وفيه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض كما يأتى قريبا أفاده فى الدرر (قوله لانه أمانة) وذلك لان العقد اذا بطل بقى مجرّد القبض باذن المالك وهو لا يوجب الضمان الا بالتعدّى درر (قوله وصحح فى القنية ضمانه الخ) قال فى الدرر وقيل يكون مضمونا لانه يصير كالمقبوض على سوم الشراء وهو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيت به اشتريته بما ذكر أما اذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث قيل وعليه الفتوى كذا فى العناية اهـ قال فى العزمية الذى يظهر من شروح الهداية عود الضميرين فى عليه وعليه الى أن حكم المقبوض على سوم الشراء ذلك تعويلا على كلام الفقيه الا أن القول الثانى فى مسألتنا مرجح على القول الاول اهـ لكن فى النهر واختار السرخسىّ وغيره أن يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وهو قول الائمة الثلاثة وفى القنية انه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب وقيل الاول قول أبى حنيفة والثانى قولهما وتمامه فيه (قوله بغبن فاحش) المشهور فى تفسيره انه ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين (قوله ورجح) رجحه فى البحر حيث قال ينبغى أن يجرى القولان فى بيع الوقف

المشروط استبداله اوالخراب الذى جاز استبداله اذا بيع بغبن فاحش وينبغى ترجيح الثانى فيهما لانه اذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف اهـ قلت وينبغى ترجيح الاول حيث لزم الضرر بأن كان المشترى مفلسا اومماطلا تأمل (قوله بيع المضطر وشراؤه فاسد) هو أن يضطر الرجل الى طعام اوشراب أولباس أوغيرها ولا يبيعها البائع الا بأكثر من ثمنها بكثير وكذلك فى الشراء منه كذا فى المنح اهـ ح وفيه لف ونشر غير مرتب لان قوله وكذا فى الشراء منه اى من المضطر مثال لبيع المضطر أى بأن اضطر الى بيع شئ من ماله ولم يرض المشترى الا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش ومثاله مالو ألزمه القاضى ببيع ماله لايفاء دينه أوألزم الذمى ببيع مصحف اوعبد مسلم ونحو ذلك لكن سيذكر المصنف فى الاكراه لوصادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع صح قال الشارح هناك والحيلة أن يقول من اين اعطى فاذا قال الظالم بع كذا فقد صار مكرها فيه اهـ فأفاد أنه بمجرد المصادرة لا يكون مكرها بل يصح بيعه الا اذا أمره بالبيع مع انه بدون أمر مضطر الى البيع حيث لا يمكنه غيره وقد يجاب بأن هذا ليس فيه أنه باع بغبن فاحش عن ثمن المثل نعم العبارة مطلقة فيمكن تقييدها بأنه انما يصح لو باع بثمن المثل أوغبن يسير توفيقا بين العبارتين فتأمل (قوله وفسد الخ) شروع فى البيع الفاسد بعد الفراغ من الباطل وحكمه (قوله ماسكت فيه عن الثمن) لان مطلق البيع يقتضى المعاوضة فاذا سكت كان غرضه القيمة فكأنه باع بقيمته فيفسد ولا يبطل درر اى بخلاف ما اذا صرح بنفى الثمن كما قدمه قريبا (قوله وعكسه) اى بيع الخمر بالعرض بأن ادخل الباء على العرض فينعقد فى العرض اى لانه أمكن اعتبار الخمر ثمنا وهى مال فى الجملة بخلاف بيع العرض بدم اوميتة (قوله كما مر) اى فى قوله وان بيعت بعين كعرض بطل فى الخمر وفسد فى العرض فيملكه بالقبض بقيمته وهذا فى حق المسلم كما قدمناه (قوله ملك المشترى للعرض) قيد به لان المشترى لام الولد وأخويها لا يملكهم بالقبض لبطلان بيعهم بقاء كما مر (قوله لما مر أنهم مال فى الجملة) اى فيدخلون فى العقد ولذا لا يبطل العقد فيما ضم الى واحد منهم وبيع معهم ولو كانوا كالحر لبطل كما فى الدرر (قوله وفسد بيع سمك لم يصد لو بالعرض الخ) ظاهره أن الفاسد بيع السمك وأنه يملك بالقبض وفيه أن بيع ماليس فى ملكه باطل كما تقدم لانه بيع المعدوم والمعدوم ليس بمال فينبغى أن يكون بيعه باطلا وأن يكون الفاسد هو بيع العرض لانه مبيع من وجه وان دخلت عليه الباء ويكون السمك ثمنا فيصير كأنه باع العرض وسكت عن الثمن أو باعه بأم الولد بل يمكن أن يقال ان بيع العرض أيضا باطل لان السمك ليس بمال فيكون كبيع العرض بميتة أودم لكن جعله كأم الولد أظهر لانه مال فى الجملة فانه لوصاده بعد ملكه نعم هذا يظهر لو باع سمكة بعينها قبل صيدها أما لو كانت غير معينة ثم صاد سمكة لم تكن عين ما جعلت ثمن العرض حتى يقال انها ملكت بالصيد والحاصل أنه لو باع سمكة مطلقة بعرض ينبغى أن يكون البيع باطلا من الجانبين كبيع ميتة بعرض أو عكسه ولو كانت السمكة معينة بطل فيها لانها غير مملوكة وفسد فى العرض لان السمكة مال فى الجملة ومثلها مالو كان البيع على لحم سمك لانه مثلى ولو باعها بدراهم بطل البيع لتعين كونها مبيعة وهى غير مملوكة هذا ما ظهر لى فى تقرير هذا المحل ولم أر من تعرض لشئ منه (قوله صدر الشريعة) حيث قال السمك الذى لم يصد ينبغى أن يكون البيع باطلا اذا كان بالدراهم والدنانير ويكون فاسدا اذا كان بالعرض لانه مال غير متقوم لان التقوم بالاحراز والاحراز منتف (قوله وله خيار الرؤية) ولا يعتد برؤيته وهو فى الماء لانه يتفاوت فى الماء وخارجه شرنبلالية (قوله الا اذا دخل بنفسه الخ) استثناء منقطع من قوله وان أخذ بدونها صح يعنى أنه لو صيد فألقى فى مكان يؤخذ منه بدون حيلة كان صحيحا وأما اذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله يكون باطلا لعدم الملك بقرينة قوله فلو سده ملكه فافهم (قوله فلو سده ملكه) اى فيصح بيعه ان أمكن اخذه بلا حيلة والا فلا لعدم القدرة على التسليم والحاصل كما فى الفتح أنه اذا دخل السمك فى حظيرة فاما أن يعدها لذلك اولا ففى الاول يملكه وليس لاحد أخذه ثم ان أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم والا لم يجز لعدم القدرة على التسليم وفى الثانى لا يملكه فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا أن يسد الحظيرة اذا دخل فحينئذ يملكه ثم ان أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه والا فلا وان لم يعدها لذلك لكنه أخذه وأرسله فيها ملكه فان أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه لانه مقدور التسليم او بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس مقدور التسليم اهـ (قوله ولم تجز اجارة بركة الخ) قال فى النهر اعلم أن فى مصر بركا صغيرة كبركة الفهادة تجتمع فيها الاسماك

مطلب
بيع المضطر وشراؤه فاسد

مطلب
فى البيع الفاسد

وفى النتف بيع المضطر وشراؤه فاسد (وفسد) بيع (ماسكت) اى وقع السكوت (فيه عن الثمن) كبيعه بقيمته (و) فسد (بيع عرض) هو المتاع القيمى ابن كمال (بخمر وعكسه) فينعقد فى العرض لا الخمر كما مر (و) فسد (بيعه) اى العرض (بأم الولد والمكاتب والمدبر حتى لو تقابضا ملك المشترى) للعرض (العرض) لما مر أنهم مال فى الجملة (و) فسد (بيع سمك لم يصد) لو بالعرض والا فباطل لعدم الملك صدر الشريعة (او صيد ثم ألقى فى مكان لا يؤخذ منه الا بحيلة) للعجز عن التسليم (وان أخذ بدونها صح) وله خيار الرؤية (الا اذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله) فلو سده ملكه ولم تجز اجارة بركة ليصاد منها السمك بحر

مطلب
فى حكم ايجار البرك للاصطياد

هل تجوز اجارتها لصيد السمك منها نقل في البحر عن الايضاح عدم جوازها ونقل اولا عن أبي يوسف في كتاب الخراج عن ابي الزناد قال كتبت الى عمر بن الخطاب في بحيرة يجتمع فيها السمك بأرض العراق أن يؤجرها فكتب الي أن افعلوا وما في الايضاح بالقواعد الفقهية أليق اهـ ونقل في البحر أيضا عن ابي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن عبد الحميد بن عبد الرحمن أنه كتب الى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام فكتب اليه عمر انه لا بأس به وسماه الحبس اهـ ثم قال في البحر فعلى هذا لا يجوز بيع السمك في الآجام الا اذا كان في أرض بيت المال ويلحق به أرض الوقف وقال الخير الرملي أقول الذي علم مما تقدم عدم جواز البيع مطلقا سواء كان في بحر أو نهر أو أجمة وهو باطلاقه أعم من أن يكون في ارض بيت المال او أرض الوقف وما تقدم عن كتاب الخراج غير بعيد أيضا عن القواعد ومرجعه الى اجارة موضع مخصوص لمنفعة معلومة هي الاصطياد وما حدث به ابو حنيفة عن حماد مشكل فانه بيع السمك قبل الصيد ويجاب بأنه في آجام هيئت لذلك وكان السمك فيها مقدور التسليم فتأمل واعتن بهذا التحرير فان المسألة كثيرة الوقوع ويكثر السؤال عنها اهـ لكن قوله غير بعيد الخ فيه نظر لان الاجارة واقعة على استهلاك العين وسيأتي التصريح بأنه لا يصح اجارة المراعي وهذا كذلك ولذا جزم المقدسي بعدم الصحة واعترض البحر بما قلنا والله اعلم (قوله وبيع طير) جمع طائر وقد يقع على الواحد والجمع طيور وأطيار بحر عن القاموس (قوله لا يرجع بعد ارساله من يده) أشار الى أنه مملوك له ولكن علة الفساد كونه غير مقدور التسليم فلو سلمه بعد البيع لا يعود الى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وأطلقه فشمل ما اذا كان الطير مستوحشا او غيره بحر (قوله أما قبل صيده فباطل أصلا) ينبغي أن يجري فيه الكلام الذي ذكرناه في السمك (قوله صح) ذكره في الهداية والخانية وكذا في الذخيرة عن المنتقى بحر قال في الفتح لان المعلوم عادة كالواقع وتجويز كونها لا تعود أو عروض عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض ثم اذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا اذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ اهـ (قوله وقيل لا) في البحر والشرنبلالية أنه ظاهر الرواية (قوله ورجحه في النهر) حيث ذكر ما مر عن الفتح ثم قال وأقول فيه نظر لان من شروط صحة البيع القدرة على التسليم عقبه ولذا لم يجز بيع الآبق اهـ قال ح أقول فرق ما بين الحمام والآبق فان العادة لم تقض بعوده غالبا بخلاف الحمام وما ادعاه من اشتراط القدرة على التسليم عقبه ان أراد به القدرة حقيقة فهو ممنوع والا لاشترط حضور المبيع مجلس العقد وأحد لا يقول به وان اراد به القدرة حكما كما ذكره بعد هذا فما نحن فيه كذلك لحكم العادة بعوده اهـ قلت وهو وجيه فهو نظير العبد المرسل في حاجة المولى فانه يجوز بيعه وعللوه بأنه مقدور التسليم وقت العقد حكما اذ الظاهر عوده ولو أبق بعد البيع قبل القبض خير المشتري في فسخ العقد كما في البحر وهنا كذلك لكن لينظر متى يحكم بفسخ العقد لعدم عود ذلك الطائر فانه ما دام محتمل الحياة يحتمل عوده (تنبيه) في الذخيرة باع برج حمام فان ليلا جاز ولو نهارا فلا لان بعضه يكون خارج البيت فلا يمكن أخذه الا بالاحتيال اهـ والظاهر انه مبني على ظاهر الرواية تأمل وفيه الغز بعضهم فقال

يا اماما في فقه نعمان اضحى * حائز السبق مفرد الايجاري

اي بيت يجوز بيعك ايا * ه بليل ولا يجوز نهارا

(قوله وبيع الحمل) بسكون الميم (قوله وجزم في البحر ببطلانه) لنهيه صلى الله عليه وسلم عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة ولما فيه من الغرر وتقدم أن بيع الثلاثة باطل واعترض في المعتوية التعليل بالغرر وهو الشك في وجوده بأنه ينبغي عليه أن لا يجوز بيع الشيء الملفوف الموصوف لانه يحتمل أن لا يوجد شيء أو وصفه المذكور مع تصريحهم بجوازه اهـ قلت فيه أنه لا غرر فيه لانه يسهل الاطلاع عليه بخلاف الحمل فتدبر وفي البحر عن السراج فلو باع الحمل وولدت قبل الافتراق وسلم لا يجوز (قوله لفساده بالشرط) لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناؤه لانه بمنزلة الاطراف فصار شرطا فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجه يفسد العقد والاستثناء كالبيع والاجارة والرهن لانها تبطلها الشروط الفاسدة وفي وجه العقد جائز والاستثناء

(و) بيع (طير في الهواء لا يرجع) بعد ارساله من يده أما قبل صيده فباطل أصلا لعدم الملك (وان) كان (بطير ويرجع) كالحمام (صح) وقيل لا ورجحه في النهر (و) بيع (الحمل) اي الجنين وجزم في البحر ببطلانه كالنتاج (و) أمة (الا حملها) لفساده بالشرط

مطلب
استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب

باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وفى وجه يجوزان وهو الوصية كما لو أوصى بجارية الا حملها وكذا لو اوصى بحملها لآخر صح لانّ الوصية اخت الميراث والميراث يجرى فى الحمل فكذا الوصية بخلاف الخدمة زيلعى ملخصا اى لو أوصى له بأمة الا خدمتها لا يصح الاستثناء لانّ الميراث لا يجرى فيها والغلة كالخدمة بحر (قوله بخلاف هبة ووصية) اى حيث يصح العقد فيهما لكن الاستثناء باطل فى الهبة جائز فى الوصية كما علمت فافهم (قوله وجزم البرجندى ببطلانه) قال صدر الشريعة ذكروا فى فساده علتين احداهما أنه لا يعلم أنه لبن او دم او ريح وهذه تقتضى بطلان البيع لانه مشكوك الوجود فلا يكون مالا والاخرى أن اللبن يوجد شيأ فشيأ فيختلط ملك المشترى بملك البائع اه اى وهذه تقتضى الفساد ط قلت مقتضى الفساد لا ينافى مقتضى البطلان بل بالعكس لانّ ما يقتضى البطلان يدل على عدم المشروعية اصلا فلذا جزم ببطلانه فتأمل (قوله للغرر) لانه لا يعلم وجوده وينبغى أن يكون باطلا للعلة المذكورة فهو مثل اللبن رملى قلت ويؤيده ما فى التجنيس رجل اشترى لؤلؤة فى صدف قال ابو يوسف البيع جائز وله الخيار اذا رآه وقال محمد البيع باطل وعليه الفتوى اه قال الزيلعى بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب فى غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض أيضا اه قال فى النهر وينبغى أن يكون من ذلك الجوز الهندى (قوله وصوف على ظهر غنم) للنهى عنه ولانه قبل الجز ليس بمال متقوّم فى نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه ولانه يزيد من أسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا فى اللبن زيلعى (قوله وجوّزه الثانى) هو رواية عنه كما فى الهداية (قوله لم ينقلب صحيحا) مقتضاه أنه وقع باطلا والاصح بزوال المفسد كما سيتضح فى بيع الآبق وهو أيضا مقتضى التعليل بأنه ليس بمال متقوّم فكان على المصنف ذكره فى الباطل (قوله وكذا كل ما اتصاله خلقى) بخلاف اتصال الجذع والثوب فانه بصنع العباد ابن ملك (قوله لما مرّ أنه معدوم عرفا) اى مرّ فى فصل ما يدخل فى البيع تبعا عند قوله كبيع برّ فى سنبله وبيناه هنالك بأنه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى فى تمره ولا حب فى قطنه ويقال هذه حنطة فى سنبلها وهذا لوز وفستق فى قشره ولا يقال هذه قشور فيها لوز (قوله وانما صححوا الخ) جواب عما استدل به ابو يوسف من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم كما فى الكراث وقوائم الخلاف بالكسر وتخفيف اللام نوع من الصفصاف اى مع أنها تزيد والجواب كما فى الزيلعى أنه اجيز فى الكراث والقوائم للتعامل اذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه اه وأيضا فالقوائم تزيد من اعلاها اى فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره بخلاف الصوف ويعرف ذلك بالخضاب كما أفاده الزيلعى وفى البحر من فصل فيما يدخل فى البيع تبعا عن الظهيرية اشترى رطبة من البقول اوقثاء أو شيأ ينمو ساعة فساعة لا يجوز كبيع الصوف وبيع قوائم الخلاف يجوز وان كان ينمو لانّ نموّها من الاعلى بخلاف الرطبات الا الكراث للتعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز اه قلت وقوله للتعامل علة لقوله الا الكراث فقط والا فكون قوائم الخلاف تنمو من الاعلى بخلاف الرطبات يفيد الجواز بلا حاجة الى التعليل بالتعامل وذكر فى البحر هنا عن الفضلى تصحيح عدم الجواز فى قوائم الخلاف لانه وان كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول كمن اشترى شجرة للقطع لا يجوز لجهالة موضع القطع لكن فى الفتح أن منهم من منع اذ لا بدّ للقطع من حفر الارض ومنهم من أجاز للتعامل وفى الصغرى القياس فى بيع القوائم المنع لكن جاز للتعامل وبيع الكراث يجوز وان كان ينمو من اسفله للتعامل أيضا وبه يحصل الجواب عما استدل به الفضلى على المنع فى القوائم لمن تأمل نهر (قوله وشجر الصفصاف) اى قوائم شجره اى اغصانه (قوله وفى القنية باع اوراق توت) اى مع أغصانها قال فى القنية اشترى اوراق التوت ولم يبين موضع القطع لكنه معلوم عرفا صح ولو ترك الاغصان له أن يقطعها فى السنة الثانية ولو باع اوراق توت لم يقطع قبل بسنة يجوز وبسنتين لا يجوز لانه بسنة يعلم موضع قطعها عرفا اه (قوله وجذع) هو القطعة من النخل أو غيره توضع عليها الاخشاب نهر لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر ولو لم يكن معينا لا يجوز أيضا لما ذكرنا وللجهالة أيضا هداية فقوله معين ليس للاحتراز عن الفساد بل لما ذكره بعده (قوله أما غير المعين الخ) الاولى ذكره بعد قوله فلو قطع وسلم ط (قوله فلا ينقلب صحيحا) قال فى النهر وذكر الزاهدى عن شرح الطحاوى أنه فى غير المعين لا ينقلب بالتسليم صحيحا وجزم به فى ايضاح الاصلاح وهو ضعيف لانه فى

بخلاف هبة ووصية (ولبن فى ضرع) وجزم البرجندى ببطلانه (ولؤلؤ فى صدف) للغرر (وصوف على ظهر غنم) وجوّزه الثانى ومالك وفى السراج لو سلم الصوف واللبن بعد العقد لم ينقلب صحيحا وكذا كل ما اتصاله خلقى كجلد حيوان ونوى تمر وبزر بطيخ لما مرّ أنه معدوم عرفا وانما صححوا بيع الكراث وشجر الصفصاف وأوراق التوت بأغصانها للتعامل وفى القنية باع أوراق توت لم تقطع قبله بسنة جاز وبسنتين لا لانه يشتبه موضع قطعه عرفا (وجذع) معين (فى سقف) أما غير المعين فلا ينقلب صحيحا ابن كمال

غير المعين معلل بلزوم الضرر والجهالة فاذا تحمل البائع الضرر وسلمه زال المفسد وارتفعت الجهالة أيضا ومن ثم جزم في الفتح بأنه يعود صحيحا اهـ قلت والذى نقله العلامة نوح عن الزاهدى عن شرح مختصر الطحاوى عكس ما نقله عنه في النهر فليراجع ثم عبارة ابن كمال في ايضاح الاصلاح ان غير المعين لا يعود صحيحا وعزاه الى الزاهدى في شرح القدورى (قوله يضره التبعيض) كالثوب المهيأ للبس زيلعى وأشار المصنف الى عدم جواز بيع حلية من سيف أونصف زرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا بيع فص خاتم مركب فيه وكذا نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للضرر في تسليم ذلك ولا اعتبار بما التزمه من الضرر لانه انما التزم العقد ولا ضرر فيه بحر وفتح وفي بيع نصف الزرع ونحوه كلام طويل قدمناه أول كتاب الشركة (قوله جاز) كما يجوز بيع قفيز من صبرة بحر (قوله لانتفاء المانع) علة للمسألتين (قوله وضربة القانص) من قنص قنصا على حد ضرب صاد كما في الصحاح بأن يقول بعتك ما يخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا نهر (قوله والغائص) بأن يقول أغوص غوصة فما أخرجته من اللآلئ فهو لك بكذا كما في تهذيب الازهرى ومقتضاه المباينة بين القانص بالقاف والغائص بالغين وفسر الزيلعى ضربة القانص بالقاف بما يخرج من الصيد بضربة الشبكة أو بغوص الصائد في الماء قال في النهر وهذا يوهم شمول القانص بالقاف للغائص والواقع ما قدمناه وجعل في السراج القانص صياد البر والغائص صياد البحر والحق أن الصائد بالآلة وهو القانص بالقاف أعم من كونه في البحر أو البر بخلاف الغائص اهـ وحاصله أن القانص بالقاف من يصطاد الصيد برا أو بحرا وأما الغائص بالغين فهو من يغوص لاستخراج اللآلئ مثلا (قوله كما مر) أى في قول المصنف وبيع ما ليس في ملكه (قوله والمزابنة) من الزبن وهو الدفع لانها تؤدى الى النزاع والمدافعة كما في البحر عن الفائق (قوله مثل كيله تقديرا) أى بأن يقدر الرطب الذى على النخل بمقدار مائة صاع مثلا بطريق الظن والحزر فيبيعه بقدره من التمر (قوله ومثله العنب) أى على الكرم (قوله ولشبهة الربا) لانه بيع مكيل بمكيل من جنسه مع احتمال عدم المساواة بينهما بالكيل (قوله فلو لم يكن) أى ما بيع بالتمر المقطوع قال في البحر ثم اعلم أن تعريف المزابنة بأنها بيع الثمر بالتمر أى بالمثلثة في الاول والمثناة في الثاني خلاف التحقيق والاولى أن يقال بيع الرطب بتمر الخ لان الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا أو غيره واذا لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس ولو كان الرطب على الارض كالتمر لم يجز بيعه متساويا عند العلماء الا أبا حنيفة لما سيأتى في باب الربا اهـ (قوله فنهى عنها كلها) في الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة زاد مسلم أما الملامسة فأن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ليلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بأن يكون مثلا في ظلمة أو يكون الثوب مطويا مرئيا يتفقان على انه اذا لمسه فقد باعه منه وفساده لتعليق التمليك على انه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولا ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية وكذا القاء الحجر أن يلقى حصاة وثمة أثواب فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل ورؤية ولا خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوضهما على الثمن ولا فرق بين كون المبيع معينا أو غير معين ومعنى النهى ما في كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه في معنى اذا وقع حجرى على ثوب فقد بعته منك أو بعتنيه بكذا أو اذا نبذته او لمسته كذا في الفتح وذكر في الدرر أن النهى عن القاء الحجر ألحق بالاولين دلالة (قوله لوجود القمار) اى بسبب تعليق التمليك بأحد هذه الافعال اهـ ح (قوله ان سبق ذكر الثمن) عبارة البحر ولا بد في هذه البيوع أن يسبق الكلام منهما على الثمن اهـ أى لتكون علة الفساد ما ذكروا الا كان الفساد لعدم ذكر الثمن ان سكتا عنه لما مر أن البيع مع نفي الثمن باطل ومع السكوت عنه فاسد (قوله وثوب من ثوبين) قيد بالقيمى اذ بيع المبهم في المثلى جائز كقفيز من صبرة (قوله ضمن نصف قيمة كل) لان احدهما مضمون بالقيمة لانه مقبوض بحكم البيع الفاسد والآخر أمانة وليس احدهما بأولى من الآخر فشاعت الامانة والضمان بحر (قوله اذ الفاسد معتبر بالصحيح) أى ملحق به فانه لو كان البيع صحيحا بأن يقبض ثوبين على انه بالخيار في احدهما صح فاذا هلكا ضمن نصف ثمن كل واحد والقيمة في الفاسد كالثمن في البيع الصحيح كما في البحر (قوله لتعذر رده) أى رد ما هلك أولا فتعين مضمونا بحر (قوله والقول

(وذراع من ثوب يضره التبعيض) فلو قطع وسلم قبل فسخ المشترى عاد صحيحا ولو لم يضره القطع كـكرباس جاز لانتفاء المانع (وضربة القانص) بقاف ونون الصائد (والغائص) بغين معجمة الغواص والبيع فيهما باطل للغرر بحر ونهر والكمال وابن الكمال قال المصنف وقد نظمه منلا خسرو في سلك الفاسد فتبعته في المختصر ويجب أن يراد به الباطل لانه مما ليس في ملكه كما مر (والمزابنة) هي بيع الرطب على النخل بتمر مقطوع مثل كيله تقديرا شروح مجمع ومثله العنب بالزبيب عنايه للنهى ولشبهة الربا قال المصنف فلو لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس (والملامسة) للسلعة (والمنابذة) أى نبذها للمشترى (والقاء الحجر) عليها وهي من بيوع الجاهلية فنهى عنها كلها عيني لوجود القمار فكانت فاسدة ان سبق ذكر الثمن بحر (و) بيع (ثوب من ثوبين) أو عبد من عبدين لجهالة المبيع فلو قبضهما وهلكا معا ضمن نصف قيمة كل اذ الفاسد معتبر بالصحيح ولو مرتبا فقيمة الاول لتعذر رده والثانى للضامن

للضامن) اى فى تعيين الهالك وذلك بأن اختلف الثوبان او العبدان وادّعى الضامن أنّ الهالك هو الاقل قيمة وعكس الآخر ولو برهنا فبرهان البائع أولى فيما يظهر كما قدّمنا التصريح به فى خيار التعيين (قوله وهذا) أى الفساد فيما اذا باع ثوبين مثلا (قوله اذا لم يشترط خيار التعيين) أى فيما دون الاربعة وقول البحر فيما دون الثلاثة فيه قصور (قوله فلو شرط أخذ أيهما شاء) بنصب أخذ مصدرا على انه مفعول به لشرط بأن قال بعتك واحدا منهما على انك بالخيار تاخذ أيهما شئت فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكر المسألة بفروعها فى خيار الشرط فتح (قوله لما مرّ) أى فى باب خيار الشرط والتعيين (قوله والمراعى) فى المصباح الرعى بالكسر والمرعى بمعنى واحد وهو ماترعاه الدواب والجمع المراعى بحر (قوله أى الكلأ) فسرها بالكلأ دفعا لوهم أن يراد مكان الرعى فانه جائز فتح أى اذا كان مملوكا له كما لا يخفى والكلأ كجبل العشب رطبه ويابسه قاموس قال فى البحر ويدخل فيه جميع أنواع ماترعاه المواشى رطبا كان أو يابسا بخلاف الاشجار لانّ الكلأ ما لا ساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه حتى يجوز بيعها اذا نبتت فى أرضه لكونها ملكه والكمأة كالكلأ اه (قوله أما بطلانها) هذا مخالف لسوق كلام المصنف لانّ كلامه فى ذكر الفاسد فمراده أن بيعها فاسد وبه صرّح فى شرحه نعم قال بعد ذلك وصرّح منلا خسرو بفساد هذا البيع وصرّح فى شرح الوقاية ببطلانه وعلله بعدم الاحراز اه فكان المناسب شرح كلامه على وفق مرامه مع بيان القول الآخر وكان الشارح لما رأى القول بالفساد معللا بعدم الملك حمله على أنّ المراد به البطلان لان بيع ما لا يملك باطل كما علم مما مرّ لكنه لا يوافق غرض المصنف كما علمت (قوله فلعدم الملك) لاشتراك الناس فيه اشتراك اباحة لا ملك ولانه لا يحصل للمشترى فيه فائدة لانه يتملكه بدون بيع فتح (قوله لحديث الناس شركاء فى ثلاث) أخرجه الطبرانى بلفظ المسلمون شركاء فى ثلاث الخ وكذا أخرجه ابن ماجه وفى آخره وثمنه حرام أى ثمن كل واحد منها وأخرجه ابو داود وأحمد وابن أبى شيبة وابن عدى قال الحافظ ابن حجر ورجاله ثقات نوح افندى ومعنى الشركة فى النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب لا اخذ الجمر الا باذن صاحبه وفى الماء الشرب وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة وفى الكلأ الاحتشاش ولو فى أرض مملوكة غير أن لصاحب الارض المنع من دخوله ولغيره أن يقول انّ لى فى أرضك حقا فاما أن توصلنى اليه أو تحشه أو تستقى وتدفعه لى وصار كثوب رجل وقع فى دار رجل اما أن يأذن للمالك فى دخوله ليأخذه واما أن يخرجه اليه فتح ملخصا (قوله وأما بطلان اجارتها) ماذكره عن ابن الكمال من بطلان اجارتها مخالف لسوق كلام المصنف أيضا وقال فى فتح القدير وهل الاجارة فاسدة أو باطلة ذكر فى الشرب أنها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه اه قال فى النهر فيحتاج الى الفرق بين البيع والاجارة اه (قوله وهذا) اى بطلان بيع الكلأ (قوله وقيل لا) اى لا يملكه وهو اختيار القدورى لانّ الشركة ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء ليس بحيازة وعلى الجواز اكثر المشايخ واختاره الشهيد قال فى الفتح وعليه فلقائل أن يقول ينبغى أنّ حافر البئر يملك الماء بتكلفه الحفر والطى لتحصيل الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقى وان لم يكن فى ارض مملوكة له اه وأقول يمكن أن يفرق بينهما بأنّ سقى الكلأ كان سببا فى انباته فنبت بخلاف الماء فانه موجود قبل حفره فلا يملكه بالحفر نهر وقال الرملى انّ صاحب البئر لا يملك الماء كما قدّمه فى البحر فى كتاب الطهارة فى شرح قوله وانتفاخ حيوان عن الولوالجية فراجعه وهذا مادام فى البئر أمّا اذا اخرجه منها بالاحتيال كما فى السوانى فلا شك فى ملكه له لحيازته له فى الكيزان ثم صبه فى البرك بعد حيازته تأمل ثم حرّر الفرق بين ما فى البئر وما فى الحباب والصهاريج الموضوعة فى البيوت لجمع ماء الشتاء بأنها اعدّت لاحراز الماء فيملك ما فيها فلو آجر الدار لا يباح للمستأجر ماؤها الا باباحة المؤجر اه ملخصا (قوله قال) اى العينى (قوله وبيع القصيل والرطبة) فى المصباح قصلته قصلا من باب ضرب قطعته فهو قصيل ومقصول ومنه القصيل وهو الشعير يجز اذا اخضر لعلف الدواب والرطبة الفصة خاصة قبل أن تجف والجمع رطاب مثل كلبة وكلاب والرطب وزان قفل المرعى الاخضر من بقول الربيع وبعضهم يقول الرطبة وزان غرفة الخلا وهو الغض من الكلأ (قوله وحيلته) اى حيلة جواز بيع الكلأ وكذا اجارته قال فى البحر والحيلة فى جواز اجارته أن يستاجرها ارضا لايقاف الدواب فيها او لمنفعة اخرى

قوله امابطلانها هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح امابطلان بيعها وهو المناسب لمقابلة قوله بعد وأمّا بطلان اجارتها وليحرر اه مصححه

وهذا اذا لم يشترط خيار التعيين فلو شرط أخذ أيهما شاء جاز لما مرّ (والمراعى) أى الكلأ (واجارتها) أما بطلان بيعها فلعدم الملك لحديث الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار وأما بطلان اجارتها فلانها على استهلاك عين ابن كمال وهذا اذا نبت بنفسه وان أنبته بسقى وتربية ملكه وجاز بيعه عينى وقيل لا قال وبيع القصيل والرطبة على ثلاثة أوجه ان ليقطعه أو ليرسل دابته فتأكله جاز وان ليتركه لم يجز وحيلته أن يستأجر الارض لضرب فسطاطه أولا يقاف دوابه أو لمنفعة أخرى

مطلب
صاحب البئر لا يملك الماء

يقدر

بقدرمايريد صاحبه من الثمن اوالاجرة فيحصل به غرضهما اه وفى الفتح والحيلة أن يستأجر الارض ليضرب فيها فسطاطه اوليجعله حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودهما (قوله كمقيل ومراح) المقيل مكان القيلولة وهي النوم نصف النهار والمراح بالضم حيث تأوى الماشية بالليل وبالفتح اسم الموضع (قوله اى الابريسم) فى المصباح القز معرب قال الليث هو مايعمل منه الابريسم ولهذا قال بعضهم القز والابريسم مثل الحنطة والدقيق اه وأما الخز فاسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها بحر (قوله أى بزره) أى البزر الذى يكون منه الدود قهستانى وهو بالزاى قال فى المصباح بذرت الحب بذرا أى بالذال المعجمة من باب قتل اذا ألقيته فى الارض للزراعة والبذر المبذور قال بعضهم البذر فى الحبوب كالحنطة والشعير والبزر أى بالزاى فى الرياحين والبقول وهذا هو المشهور فى الاستعمال ونقل عن الخليل كل حب يبذر فهو بذر وبزر ثم قال فى اجتماع الباء مع الزاى البزر من البقل ونحوه بالكسر والفتح لغة وقولهم لبيض الدود بزر القز مجاز على التشبيه ببزر البقل لصغره (قوله وهو بزر الفيلق) هو المسمى الآن بالشرانق (قوله المحرز) قال فى البحر وهو معنى مافى الذخيرة اذا كان مجموعا لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار (قوله وهذا) أى ماذكره المصنف من جواز بيع الثلاث وأما اقتصار صاحب الكنز على جواز الاولين دون النحل فلعل وجهه كما أفاده الخير الرملى أن احرازه متعسر فترجح عنده قولهما ولذا قال بعضهم يجوز بيعه ليلا لا نهارا لتفرقه حال النهار فى المراعى وأما اعتذار البحر عنه بأنه لعله لم يطلع على أن الفتوى على قول محمد فهو بعيد (قوله بيع العلق) فى المصباح العلق شئ اسود شبيه الدود يكون فى الماء يعلق بأفواه الابل عند الشرب (قوله وبه يفتى للحاجة) فى البحر عن الذخيرة اذا اشترى العلق الذى يقال له بالفارسية مرعل يجوز وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس اليه لتمول الناس له اه أقول العلق فى زماننا يحتاج اليه للتداوى بمصه الدم وحيث كان متمولا لمجرد ذلك دل على جواز بيع دودة القرمز فان تمولها الآن أعظم اذ هى من أعز الاموال ويباع منها فى كل سنة قناطير بثمن عظيم ولعلها هى المرادة بالعلق فى عبارة الذخيرة بقرينة التعليل فتكون مستثناة من بيع الميتة كما قدمناه ويؤيده أن الاحتياج اليه للتداوى لا يقتضى جواز بيعه كما فى لبن المرأة وكالاحتياج الى الخرز بشعر الخنزير فانه لا يسوغ بيعه كما يأتى فعلم أن المراد به علق خاص متمول عند الناس وذلك متحقق فى دود القرمز وهو أولى من دود القز وبيضه فانه ينتفع به فى الحال ودود القز فى المآل والله سبحانه أعلم (قوله من الهوام) جمع هامة مثل دابة ودواب وهى ماله سم يقتل كالحية قاله الازهرى وقد يطلق على مايؤذى ولا يقتل كالحشرات مصباح والمراد هنا مايشمل المؤذى وغيره مما لا ينتفع به بقرينة مابعده (قوله فلا يجوز) وبيعها باطل ذكره قاضى خان ط (قوله كحيات) فى الحاوى الزاهدى يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها للادوية وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه أى من حيوانات البحر أو غيرها قال فى الحاوى ولا يجوز بيع الهوام كالحية والفأرة والوزغة والضب والسلحفاة والقنفذ وكل مالا ينتفع به ولا بجلده وبيع غير السمك من دواب البحران كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز والا فلا كالضفدع والسرطان وذكر قبله ويبطل بيع الاسد والذئب وسائر الهوام والحشرات ولا يضمن متلفها ويجوز بيع البازى والشاهين والصقر وأمثالها والهرة ويضمن متلفها لا بيع الحدأة والرخمة وأمثالهما ويجوز بيع ريشها اه لكن فى الخانية بيع الكلب المعلم عندنا جائز وكذا السنور وسباع الوحش والطير جائز معلما أو غير معلم وبيع الفيل جائز وفى القرد روايتان عن أبى حنيفة اه ونقل السائحانى عن الهندية ويجوز بيع سائر الحيوانات سوى الخنزير وهو المختار اه وعليه مشى فى الهداية وغيرها من باب المتفرقات كما سيأتى (قوله والحاصل الخ) يرد عليه شعر الخنزير فانه يحل الانتفاع به ولا يجوز بيعه كما يأتى وقد يجاب بأن حل الانتفاع به للضرورة والكلام عند عدمها (قوله واعتمده المصنف) حيث قال وهو ظاهر فليكن المعول عليه (قوله وهو بينهما أنصافا) الضمير عائد الى القز الخارج من البيض والظاهر أن اشتراط كونه بينهما أنصافا اذا كان البيض منهما كذلك فلو كان ثلثه من واحد والثلثان من آخر يكون القز بينهما أثلاثا اعتبارا بأصل الملك كما لو زرعا أرضا ببذر منهما فالخارج على قدر البذر وان شرطا خلافه (قوله بالعلف مناصفة) متعلق بدفع أى دفع له ذلك ليكون الخارج من البزر والبقرة والدجاج بينهما مناصفة بشرط أن يعلف ذلك من ورق التوت ونحوه

كمقيل ومراح وتمامه فى وقف الاشباه (ويباع دود القز) أى الابريسم (وبيضه) أى بزره وهو بزر الفيلق الذى فيه الدود (والنحل) المحرز وهو دود العسل وهذا عند محمد وبه قالت الثلاثة وبه يفتى عينى وابن ملك وخلاصة وغيرها وجوز أبو الليث بيع العلق وبه يفتى للحاجة مجتبى (بخلاف غيرهما من الهوام) فلا يجوز اتفاقا كحيات وضب ومافى بحر كسرطان الا السمك وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه والحاصل ان جواز البيع يدور مع حل الانتفاع مجتبى واعتمده المصنف وسيجىء فى المتفرقات (فرع) انما تجوز الشركة فى القز اذا كان البيض منهما والعمل منهما وهو بينهما أنصافا لا أثلاثا فلو دفع بزر القز او بقرة أو دجاجا لآخر بالعلف مناصفة

مطلب
فى بيع دودة القرمز

(قوله فالخارج كله للمالك) أى الخارج وهو القز واللبن والسمن والبيض كله للمالك فان استهلكه العامل ضمنه (قوله وعليه قيمة العلف) أى ان كان مملوكا (قوله وأجر مثل العامل) الظاهر أن له الأجر بالغا ما بلغ لجهالة التسمية وانظر ما كتبناه فى اجارات تنقيح الحامدية (قوله ومثله دفع البيض) قال فى النهر والمتعارف فى أرياف مصر دفع البيض ليكون الخارج منه بالنصف مثلا وهو على وزان دفع القز بالنصف فالخارج كله لصاحب البيض وللعامل أجر مثله اه قلت ويتعارف الآن أيضا دفع المهر أو العجل أو الجحش ليربيه بنصفه فيبقى على ملك الدافع وللعامل أجر مثله وقيمة علفه والحيلة فيه أن يبيعه نصف المهر بثمن يسير فيصير مشتركا بينهما ويتعارف أيضا ما سيذكره المصنف فى كتاب المساقاة وهو دفع الارض مدة معلومة ليغرسها وتكون الارض والشجر بينهما فانه لا يصح والثمر والغرس لرب الارض تبعا لارضه وللآخر قيمة غرسه يوم غرسه وأجر مثل عمله اه (قوله والآبق) أى المطلق وهو الذى أبق من يد مالكه ولم يزعم المشترى أنه عنده فهذا بيعه فاسد او باطل على الخلاف الذى حكاه المصنف بعد أما لو أبق من يد غاصبه وباعه المالك منه أو من يد مالكه وباعه ممن يزعم انه عنده فبيعه صحيح كما يأتى وأما لو باعه ممن يزعم انه عند غيره ففى النهر ان بيعه فاسد اتفاقا وعلله فى الفتح بأن تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز وفى النهر أيضا خرج بالآبق المرسل فى حاجة المولى فانه يجوز بيعه لانه مقدور التسليم وقت العقد حكما اذ الظاهر عوده (قوله ولو وهبه لهما صح) والفرق أن شرط البيع القدرة على التسليم عقب البيع وهو منتف وما بقى له من اليد يصلح لقبض الهبة لا لقبض البيع لانه قبض بازاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازائه مال من الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير لانه لو عاد عاد الى ملك الصغير هكذا فى الفتح والتبيين بحر وفيه عن الذخيرة تقييد صحة الهبة بما دام العبد فى دار الاسلام (قوله وما فى الاشباه تحريف نهر) اعترض من وجهين الاول أن ما فى الاشباه موافق لما هنا وهذا نصه بيع الآبق لا يجوز الا لمن يزعم أنه عنده ولو لولده الصغير كما فى الخانية الثانى انه فى النهر لم يتعرض للاشباه بل حكم بالتحريف على ما فى بعض نسخ الخانية المنقول فى البحر وهو جواز بيع الآبق لطفله لا هبته له والمعول عليه النسخة الاخرى قلت الذى رأيته فى الاشباه ولولده بدون لو وعليها كتب الحموى واعترضها بما مر عن الفتح والتبيين ولما كان ما فى الاشباه معزيا الى الخانية وردعليها ما ورد على الخانية فساغ ذكرها بدل الخانية لانها اكثر تداولا فى أيدى الطلبة من الخانية فافهم ثم اعلم أن فى عبارة البحر هنا تناقضا فانه ذكر نسخة الخانية المحرفة وقال انه عكس ما ذكره الشارحون ثم قال ان الحق ما ذكره قاضى خان لما فى المعراج لو باعه لطفله لا يجوز ولو وهبه له جاز الخ والصواب أن يقول والحق خلاف ما ذكره قاضى خان فتنبه (قوله الا ممن يزعم انه عنده) مفاده أن النظر لزعم المشترى أن الآبق عنده لانه يزعم أن التسليم حاصل فانتفى المانع وهو عدم قدرة البائع على التسليم عقب البيع (قوله عنده) شامل لما اذا كان فى منزله أو كان يقدر على أخذه ممن هو عنده فان كان لا يقدر على الاخذ الا بخصومة عند الحاكم لم يجز بيعه كما فى السراج نهر وهذا مخالف لما قدمناه عن النهر من أنه لو باعه ممن يزعم أنه عند غيره فهو فاسد اتفاقا وأجاب ط بحمل ما تقدم على ما اذا لم يقدر على أخذه الا بخصومة اه قلت راجعت عبارة السراج فلم أر فيها قوله ممن هو عنده ومثله فى الجوهرة وحينئذ فقوله أو كان يقدر على أخذه أى فى حال اباقه قبل أن يأخذه أحد أما اذا أخذه احد فلا يجوز لما علمته من تعليل الفتح السابق وقد صور المسألة فى الفتح بما اذا كان ذلك الآخذ له معترفا بأخذه فافهم (قوله وهل يصير قابضا الخ) أى لو اشتراه من زعم انه عنده هل يصير قابضا فى الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع أم لا (قوله ان قبضه) أى قبض الآبق حين وجده لنفسه لا ليرده على سيده وهذا يغنى عنه قوله أو قبضه ولم يشهد أى على أنه قبضه لسيده (قوله نعم) أى يصير قابضا لان قبضه هذا قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع كما فى الفتح (قوله وان اشهد لا الخ) أى لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض امانة حتى لو هلك قبل أن يصل الى سيده لا يضمنه فتح (قوله فلا ينوب عن قبض الضمان) أى عن قبض البيع فانه مضمون بالثمن قال فى الفتح فان هلك قبل أن يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن اه وأشار بهذا الى ما فى البحر عن الذخيرة اذا اشترى ما هو أمانة فى يده من وديعة أو عارية لا يكون قابضا الا اذا ذهب الى العين الى مكان يتمكن من قبضها فيصير الآن قابضا بالتخلية فاذا هلك بعده هلك من ماله وليس للبائع

فالخارج كله للمالك لحدوثه من ملكه وعليه قيمة العلف وأجر مثل العامل عينى ملخصا ومثله دفع البيض كما لا يخفى (والآبق) ولو لطفله أو ليتيم فى حجره ولو وهبه لهما صح عينى وما فى الاشباه تحريف نهر (الا ممن يزعم انه) أى الآبق (عنده) فحينئذ يجوز لعدم المانع وهل يصير قابضا ان قبضه لنفسه أو قبضه ولم يشهد نعم وان أشهد لا لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الضمان لانه أقوى عناية

حبس العين بالثمن لانه صار راضيا بقبض المشترى دلالة اه ملخصا (قوله والا اذا أبق الخ) عطف على قوله الا ممن يزعم انه عنده (قوله ذخيرة) قال فيها والاصل أن الاباق انما يمنع جواز البيع اذا كان التسليم محتاجا اليه بأن أبق من يد المالك ثم باعه المالك فأما اذا لم يكن محتاجا اليه كما فى مسألتنا يجوز البيع اه (قوله يتم البيع) هو رواية عن ابى حنيفة ومحمد لقيام الملك والمالية فى الآبق ولذا صح عتقه وبه أخذ الكرخى وجماعة من المشايخ حتى اجبر البائع على تسليمه لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجدت قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد أن فسخ القاضى البيع او تخاصما فلا يعود صحيحا اتفاقا فتح (قوله على القول بفساده) قال فى الفتح والحق أن الاختلاف فيه بناء على الاختلاف فى أنه باطل أو فاسد وأنك علمت أن ارتفاع المفسد فى الفاسد يردّه صحيحا لان البيع قائم مع الفساد ومع البطلان لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم قدرة التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك (قوله ورجحه الكمال) حيث قال والوجه عندى أن عدم القدرة على التسليم مفسد لا مبطل وأطال فى تحقيقه (قوله وهو الاظهر من الرواية) قال فى البحر وأوّلوا تلك الرواية بأن المراد منها انعقاد البيع بالتعاطى الآن اه قلت وهذا ينافى ما تقدم اول البيوع من أن البيع لا ينعقد بعد بيع باطل او فاسد الا بعد متاركة الاول (قوله وبه كان يفتى البلخى) الذى فى الفتح وهو مختار مشايخ بلخ والثلجى بالثاء والجيم ط قلت والاول هو ابو مطيع البلخى من اصحاب أبى حنيفة توفى سنة ١٩٧ والثانى هو محمد بن شجاع الثلجى من اصحاب الحسن ابن زياد توفى وهو ساجد سنة ٢٣٦ (قوله ولو فى وعاء) أتى بلو اشارة الى أنه غير قيد ومافى البحر من أن الاولى تقييده بذلك لان حكم اللبن فى الضرع تقدم دفعه فى النهر بأن الضرع خاص بذوات الاربع كالثدى للمرأة فالاولى عدم التقييد ليعم ماقبل الانفصال ومابعده (قوله على الاظهر) اى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف جواز بيع لبن الامة لجواز ايراد البيع على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التى هى ضده وهو الحى ولا حياة فى اللبن فلا يكون محلا للعتق ولا للرق فكذا البيع وأشار الى أنه لا يضمن متلفه لكونه ليس بمال والى أنه لا يحل التداوى به فى العين الرمداء وفيه قولان قيل بالمنع وقيل بالجواز اذا علم فيه الشفاء كما فى الفتح هنا وقال فى موضع آخر ان أهل الطب يثبتون نفعا للبن البنت للعين وهى من أفراد مسألة الانتفاع بالمحرم للتداوى كالخمر واختار فى النهاية والخانية الجواز اذا علم فيه الشفاء ولم يجد دواء غيره بحر وسيأتى ان شاء الله تعالى تمامه فى متفرقات البيوع وكذا فى الحظر والاباحة (قوله لنجاسة عينه) اى عين الخنزير اى بجميع أجزائه وأورد فى الفتح على هذا التعليل بيع السرقين فانه جائز للانتفاع به مع أنه نجس العين اه قال فى النهر بل الصحيح عن الامام أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز كما سيأتى ان شاء الله تعالى فى الكراهية اه اى مع أنه لا يجوز بيعها خالصة كما مرّ (قوله فيبطل بيعه) نقله فى الشرنبلالية أيضا عن البرهان وفيه توركٌ على المصنف حيث عدّه فى الفاسد لكن قد يقال انه مال فى الجملة حتى قال محمد بطهارته لضرورة الخرز به للنعال والاخفاف تأمّل (قوله لضرورة الخرز) فان فى مبدا شعره صلابة قدر اصبع وبعده لين يصلح لوصل الخيط به قهستانى ط (قوله وكره البيع) لانه لا حاجة اليه للبائع زيلعى وظاهره أن البيع صحيح وفيه أن جواز اقدام المشترى على الشراء للضرورة لا يفيد صحة البيع كالواضطرّ الى دفع الرشوة لاحياء حقه جاز له الدفع وحرم على القابض وكذا الواضطرّ الى شراء ماله من غاصب متغلب لا يفيد ذلك صحة البيع حتى لا يملك البائع الثمن فتأمّل (قوله فلا يطيب ثمنه) مقتضى ما بحثناه أنه لا يملكه (قوله على الصحيح) اى عند أبى يوسف لان حكم الضرورة لا يتعدّاها وهى فى الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وماذكر فى بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم ينبغى أن يخرج على القول بطهارته فى حقهم أما على قول أبى يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع منه ويجتمع فى ثيابهم هذا المقدار فتح (قوله خلافا لمحمد) راجع الى قوله ويفسد الماء اى فانه لا يفسد عنده قال الزيلعى لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته اه وهذا يفيد عدم تقييد حل الانتفاع به بالضرورة ويفيد جواز بيعه ولذا قال فى النهر وينبغى أن يطيب للبائع الثمن على قول محمد (قوله قيل هذا) اى الخلاف المذكور فى نجاسته

والا اذا ابق من الغاصب فباعه المالك منه فانه يصح لعدم لزوم التسليم ذخيرة (ولو باعه ثم عاد) وسلمه (يتم البيع) على القول بفساده ورجحه الكمال (وقيل لا) يتم (على) القول ببطلانه وهو (الاظهر) من الرواية واختاره فى الهداية وغيرها وبه كان يفتى البلخى وغيره بحر وابن كمال (ولبن امرأة) ولو (فى وعاء ولو أمة) على الاظهر لانه جزء آدمى والرق مختص بالحى ولا حياة فى اللبن فلا يحله الرق (وشعر الخنزير) لنجاسة عينه فيبطل بيعه ابن كمال (و) ان (جاز الانتفاع به) لضرورة الخرز حتى لو لم يوجد بلا ثمن جاز الشراء للضرورة وكره البيع فلا يطيب ثمنه ويفسد الماء على الصحيح خلافا لمحمد قيل هذا فى المنتوف أما المجزوز فطاهر عناية

مطلب
في التداوى بلبن البنت للرمد قولان

وطهارته وأشار بقيل الى ضعفه اذ المنتوف يفسد الماء ولو من غير الخنزير لاتصال اللحم النجس بمحل النتف منه ولو قيل ان الخلاف فى المجزوز أما المنتوف فغير طاهر لكان له وجه **(قوله وعن أبى يوسف الخ)** مقابل قول المتن وجاز الانتفاع به قال الزيلعى والاول هو الظاهر لان الضرورة تبيح لحمه فالشعر أولى اه **(قوله لانه نجس)** فيه أن النجاسة لاتنافى حل الانتفاع عند الضرورة كما علمت لكن علل الزيلعى للكراهة بأن الخرز يتأتى بغيره ومثله فى الفتح وحيث تأتى بغيره فلا ضرورة فلا يحل الانتفاع بالنجس قال فى الفتح الا أن يقال ذلك فرد تحمل مشقة فى خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرجا مثله اه وحاصله أن تأتى الخرز بغيره من شخص حمل نفسه مشقة فى ذلك لاتزول به ضرورة الاحتياج اليه من عامة الناس **(قوله ولعل هذا)** اى حل الانتفاع به لضرورة الخرز **(قوله أما فى زماننا فلا حاجة اليه)** للاستغناء عنه بالمخارز والابر قال فى البحر ظاهر كلامهم منع الانتفاع به عند عدم الضرورة بأن أمكن الخرز بغيره ط **(قوله وجلد ميتة)** قيد بها لانها لو كانت مذبوحة فباع لحمها او جلدها جاز لانه يطهر بالذكاة الا الخنزير خانية **(قوله لو بالعرض الخ)** اى ان بيعه فاسد لو بيع بالعرض وذكر فى شرح المجمع قولين فى فساد البيع وبطلانه قلت وما ذكره الشارح من التفصيل يصلح توفيقا بين القولين لكنه يتوقف على ثبوت كونه مالا فى الجملة كالخمر والميتة لاحتف انفها مع أن الزيلعى علل عدم جواز بيعه بأن نجاسته من الرطوبة المتصلة به بأصل الخلقة فصار حكم الميتة زاد فى الفتح فيكون نجس العين بخلاف الثوب او الدهن المتنجس حيث جاز بيعه لعروض نجاسته وهذا يفيد بطلان بيعه مطلقا ولذا ذكر فى الشرنبلالية عن البرهان أن الاظهر البطلان تأمل **(قوله اعتمادا على ماسبق)** اى فى قول المصنف تبعا للدرر وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير وميتة لم تمت حتف انفها بالثمن **(قوله الا جلد انسان الخ)** فلا يباع وان دبغ لكرامته وفى الباقى لاهانته ولعدم عمل الدباغة فيه كما مر فى محله **(قوله وينتفع به)** اى بالجلد بعد دبغه **(قوله ولو جلد مأكول على الصحيح)** وقال بعضهم يجوز اكله لانه طاهر كجلد الشاة المذكاة أما جلد غير المأكول كالحمار لايجوز اكله اجماعا لان الدبغ فيه ليس بأقوى من الذكاة وذكاته لاتبيحه فكذا دبغه أفاده المصنف ط **(قوله ونجيز بيع الدهن المتنجس)** عبارة المجمع النجس لكن مراده المتنجس اى ماعرضت له النجاسة وأشار بالفعل المضارع المسند لضمير الجماعة الى خلاف الشافعى كما هو اصطلاحه **(قوله فى غير الاكل)** كالاستصباح والدباغة وغيرهما ابن ملك وقيدوا الاستصباح بغير المسجد **(قوله بخلاف الودك)** اى دهن الميتة لانه جزؤها فلا يكون مالا ابن ملك اى فلا يجوز بيعه اتفاقا وكذا الانتفاع به لحديث البخارى ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام قيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام الحديث **(قوله كعصبها وصوفها)** ادخلت الكاف عظمها وشعرها وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها فان هذه الاشياء طاهرة لاتحلها الحياة فلا يحلها الموت ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به فى الحمل والركوب والمقاتلة منح ملخصا ط **(قوله وفسد شراء ماباع الخ)** اى لو باع شيأ وقبضه المشترى ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه بأقل من الثمن الاول لايجوز زيلعى اى سواء كان الثمن الاول حالا أو مؤجلا هداية وقيد بقوله وقبضه لان بيع المنقول قبل قبضه لايجوز ولو من بائعه كما سيأتى فى بابه والمقصود بيان الفساد بالشراء بالاقل من الثمن الاول قال فى البحر وشمل شراء الكل او البعض **(قوله بنفسه اوبوكيله)** تنازع فيه كل من شراء وباع قال فى البحر وأطلق فيما باع فشمل ماباعه بنفسه اووكيله وماباعه أصالة اووكالة كما شمل الشراء لنفسه اولغيره اذا كان هو البائع اه فأفاد أنه لو باع شيأ أصالة بنفسه أووكيله أووكالة عن غيره ليس له شراؤه بالاقل لا لنفسه ولا لغيره لان بيع وكيله باذنه كبيعه بنفسه والوكيل بالبيع أصيل فى حق الحقوق فلا يصح شراؤه لنفسه لانه شراء البائع من وجه ولا لغيره لان الشراء واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ماباع لنفسه من وجه كذا يفاد من الزيلعى أيضا **(قوله من الذى اشتراه)** متعلق بشراء وخرج به مالو باعه المشترى لرجل اووهبه له أو أوصى له به ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل فانه يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين زيلعى ولو خرج عن ملك المشترى ثم عاد اليه بحكم ملك جديد كاقالة أو شراء أو هبة أو ارث فشراء البائع منه بالاقل جائز الا ان عاد اليه بما هو فسخ بخيار رؤية أو شرط قبل القبض اوبعده بحر عن السراج **(قوله ولو حكما)** تعميم لقوله من الذى اشتراه **(قوله كوارثه)** اى

وعن أبى يوسف يكره الخرز به لانه نجس ولذا لم يلبس السلف مثل هذا الخف ذكره القهستانى ولعل هذا فى زمانهم أما فى زماننا فلا حاجة اليه كما لايخفى (وجلد ميتة قبل الدبغ) لو بالعرض ولو بالثمن فباطل ولم يفصله ههنا اعتمادا على ماسبق قاله الوانى فليحفظ (وبعده) اى الدبغ (يباع) الا جلد انسان وخنزير وحية (وينتفع به) لطهارته حينئذ (لغير الاكل) ولو جلد مأكول على الصحيح سراج لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة وهذا جزؤها وفى المجمع ونجيز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به فى غير الاكل بخلاف الودك (كما ينتفع بما لاتحله حياة منها) كعصبها وصوفها كما مر فى الطهارة (و) فسد (شراء ماباع بنفسه أو بوكيله) من الذى اشتراه ولو حكما كوارثه

وارث المشترى اى فلواشترى من وارث مشتريه باقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ماذا اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فانه يجوز ان كان ممن تجوز شهادته له والفرق أن وارث البائع انما يقوم مقامه فيما يورث وهذا مما لا يورث ووارث المشترى قام مقامه فى ملك العين أفاده فى البحر (قوله بالاقل من قدر الثمن الاول) وكالقدر والوصف كما لو باع بألف الى سنة فاشتراه به الى سنتين بحر (قوله قبل نقد كل الثمن الاول) قيد به لان بعده لا فساد ولا يجوز قبل النقد وان بقى درهم وفى القنية لو قبض نصف الثمن ثم اشترى النصف باقل من نصف الثمن لم يجز بحر قلت وبه يظهر أن ادخال الشارح لفظة كل لا محل له لانه يفهم انه قبل نقد البعض لا يفسد وهو خلاف الواقع والحاصل أن نقد كل الثمن شرط لصحة الشراء لا لفساده لانه يفسد قبل نقد الكل او البعض فتأمل (قوله وان رخص السعر) لان تغير السعر غير معتبر فى حق الاحكام كما فى حق الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح زيلعى (قوله للربا) علة لقوله لم يجز أى لان الثمن لم يدخل فى ضمان البائع قبل قبضه فاذا اعاد اليه عين ماله بالصفة التى خرج عن ملكه وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقى له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص زيلعى (قوله كابنه وأبيه) وكعبده ومكاتبه لان شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل فى البيع اذا عقد مع هؤلاء زيلعى اى نظير ما لو باع الوكيل من ابنه ونحوه ثم لا يخفى أن المراد شراء هؤلاء بالاقل لانفسهم أما لو اشتروا بالوكالة عن البائع لا يجوز ولو كانوا أجانب عنه كما مر فى قول المصنف اوبوكيله (قوله فى غير عبده ومكاتبه) فشراؤهما متفق على عدم جوازه قال الزيلعى لان كسب العبد لسيده وله فى كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه (قوله جاز مطلقا) اى سواء كان الثمن الثانى اقل من الاول اولا لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس اه منح ولان المبيع لو انتقص يكون النقصان من الثمن فى مقابلة ما نقص من العين سواء كان النقصان من الثمن بقدر ما نقص منها او باكثر منه بحر عن الفتح (قوله كما لو شراه الخ) تشبيه فى الجواز مع قطع النظر عن قوله مطلقا (قوله بأزيد أو بعد النقد) ومثل الازيد المساوى كما فى الزيلعى وهذا قول المصنف بالاقل قبل نقد الثمن (قوله والدراهم والدنانير جنس واحد) حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا لانهما جنسان صورة وجنس واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر الى الاول يصح وبالنظر الى الثانى لا يصح فغلبنا المحرم على المبيح زيلعى ملخصا (قوله فى ثمان مسائل) الذى فى المنح عن العمادية أن المسائل سبع غير الاربعة المزيدة اه ح وزاد الشارح مسألة المضاربة ابتداء (قوله منها هنا) من اسم بمعنى بعض مبتدأ مضاف الى الضمير وهنا اسم مكان مجازى مبنى على السكون لتضمنه معنى الاشارة فى محل نصب بمحذوف خبر المبتدا ولا يصح جعل منها خبرا عن هنا لانه لتضمنه معنى غير مستقل لا يصح الابتداء به ولو قال منها ما هنا لكان اولى اه ح قلت ماذكره من عدم صحة الابتداء بهنا صحيح ولكن علته أنه من الظروف التى لا تتصرف كما فى المغنى لا ماذكره والا لزم أن لا يصح الابتداء باسماء الاشارة كلها فافهم (قوله وفى قضاء دين) صورته عليه دين دراهم وقد امتنع من القضاء فوقع من ماله فى يد القاضى دنانير كان له أن يصرفها بالدراهم حتى يقضى غريمه ولا يفعل ذلك فى غير الدنانير عند الامام وعندهما غير الدنانير كذلك ط (قوله وشفعة) صورته أخبر الشفيع أن المشترى اشترى الدار بألف درهم فسلم الشفعة ثم تبين أنه قد اشتراها بدنانير قيمتها ألف درهم أو اكثر ليس له طلبها وسقطت بالتسليم الاول ط (قوله واكراه) كما لو اكره على بيع عبده بألف درهم فباعه بخمسين دينارا قيمتها ألف درهم كان البيع على حكم الاكراه لا لو باعه بكيلى اووزنى اوعرض والقيمة كذلك (قوله ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء) لم يذكر ذلك التقسيم فى العمادية وانما ذكر صورتين فى المضاربة احداهما ما اذا كانت المضاربة دراهم فمات رب المال أو عزل المضارب عن المضاربة وفى يده دنانير لم يكن للمضارب أن يشترى بها شيا ولكن يصرف الدنانير بالدراهم ولو كان ما فى يده عروض اومكيل اوموزون له أن يحوله الى رأس المال ولو باع المتاع بالدنانير لم يكن له أن يشترى بها الا الدراهم ثانيتهما لو كانت المضاربة دراهم فى يد المضارب فاشترى متاعا بكيلى أووزنى لزمه ولو اشترى بالدنانير فهو على المضاربة استحسانا عندهما اه ملخصا فالصورة الاولى تصلح مثالا للانتهاء

(بالاقل) من قدر الثمن الاول (قبل نقد) كل (الثمن) الاول صورته باع شيأ بعشرة ولم يقبض الثمن ثم شراه بخمسة لم يجز وان رخص السعر للربا خلافا للشافعى (وشراء من لا تجوز شهادته له) كابنه وأبيه (كشرائه بنفسه) فلا يجوز أيضا خلافا لهما فى غير عبده ومكاتبه (ولا بد) لعدم الجواز (من اتحاد جنس الثمن) وكون المبيع بحاله (فان اختلف) جنس الثمن أو تعيب المبيع (جاز مطلقا) كما لو شراه بأزيد أو بعد النقد (والدراهم والدنانير جنس واحد) فى ثمان مسائل منها (هنا) وفى قضاء دين وشفعة واكراه ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء

مطلب
الدراهم والدنانير جنس واحد فى مسائل

قوله عروض أومكيل الخ هكذا بخطه ولعل الاصوب عروضا الخ كما لا يخفى اه

والثانية للبقاء لكن لم يظهر لي كون الاولى مما نحن فيه اذ لو كانت الدراهم والدنانير فيها جنسا واحدا ما كان
يلزمه أن يصرف الدنانير بالدراهم تأمل ثم رأيت الشارح في باب المضاربة جعلهما جنسين في هذه المسألة
وهذا عين ما فهمته ولله تعالى الحمد وأما مسألة المضاربة ابتداء فقد زادها الشارح وقال ط صورته عقد
معه المضاربة على ألف دينار وبين الربح فدفع له دراهم قيمتها من الذهب تلك الدنانير صحت المضاربة والربح على
ما شرطا اولا كذا ظهر لي (قوله وامتناع مرابحة) صورته اشترى ثوبا بعشرة دراهم وباعه مرابحة
باثني عشر درهما ثم اشتراه أيضا بدنانير لا يبيعه مرابحة لانه يحتاج الى أن يحط من الدنانير ربحه وهو درهمان
في قول الامام ولا يدرك ذلك الا بالحزر والظن ولو اشتراه بغير ذلك من الكيلي او الوزني او العروض باعه
مرابحة على الثمن الثاني اهـ وقوله ولا يدرك الخ اى لانه يحتاج الى تقويم الدنانير بالدراهم وهو مجرد ظن
ومبنى المرابحة كالتولية والوضيعة على اليقين بما قام عليه لتنتفي شبهة الخيانة اهـ ح (قوله ويزاد زكاة)
فانه يضم أحد الجنسين الى الآخر ويكمل به النصاب ويخرج زكاة أحد الجنسين من الآخر ط (قوله
وشركات) اى اذا كان مال احدهما دراهم ومال الآخر دنانير فانها تنعقد شركة العنان بينهما ط (قوله
وقيم المتلفات) يعني أن المقوم ان شاء قوم بدراهم وان شاء قوم بدنانير ولا يتعين أحد الجنسين ط (قوله
وأروش جنايات) كالموضحة يجب فيها نصف عشر الدية وفي الهاشمة العشر وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي
الجائفة ثلث الدية والدية اما ألف دينار أو عشرة آلاف درهم من الورق فيجوز التقدير في هذه الاشياء من
اي الجنسين ط (قوله وفي الخلاصة الخ) لا محل لهذه الجملة هنا وستأتي بعينها في محلها وهو فصل التصرف
في المبيع والثمن عقب باب المرابحة ح (قوله كل عوض الخ) كالمنقول اذا اشتراه لا يجوز له التصرف
فيه قبل قبضه بالبيع بخلاف ما اذا أعتقه او دبره او وهبه أو تصدق به أو أقرضه من غير بائعه فانه يصح على
ما سيأتي وقوله ينفسخ اى العقد بهلاكه اى هلاك العوض والجملة صفة عقد قال ط أخرج به الثمن فانه
يجوز التصرف فيه بهبة أو بيع أو غيرهما قبل قبضه سواء تعين بالتعيين كمكيل اولا كنقود لان العقد لا ينفسخ
بهلاكه لان الاصل وهو المبيع موجود ويأتي ايضاحه ان شاء الله تعالى في محله (قوله وصح البيع فيما ضم
اليه) اى الى شراء ما باعه بأقل قبل نقد الثمن منح (قوله ثم اشتراه مع شيء آخر بعشرة) وكذا لو اشتراهما
بخمسة عشر كما في النهر والفتح ويظهر منه أنه لو اشتراهما بخمسة مثلا اى بأقل من الثمن الاول فهو كذلك
بالاولى فافهم (قوله لانه طارئ) لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري زيلعي (قوله ولمكان الاجتهاد)
اى فكان الفساد فيما بيع اولا ضعيفا لاختلاف العلماء فيه فلا يسري كما اذا اشترى عبدين فاذا أحدهما
مدبر لا يفسد في الآخر لذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد وتمامه في الفتح ولانه انما منع في الاول باعتبار شبهة
الربا فلو اعتبرت في المضموم لكان اعتبارا لشبهة الشبهة وهي غير معتبرة درر (قوله لان مقتضى العقد الخ)
اى وهذا الشرط ليس مقتضى العقد فيفسد به لان فيه نفعا لاحد العاقدين لانه قد يكون اكثر مما شرط أو أقل
قال ط والحيلة في جوازه أن لا يعقدا العقد الا بعد وزنه تحريا للصحة فيقول بعد الوزن بعتك ما في هذا الظرف
بكذا ويقول الآخر قبلت فيكون هذا من بيع الجزاف وهو صحيح حموي عن شرح ابن الشلبي (قوله فانه
يجوز) فلو باع المشتري السلعة قبل أن يزن الظرف عن أبي حنيفة لا يجوز بيع المشتري وقال ابو يوسف يجوز
خانية (قوله كما لو عرف قدر وزنه) بيناء عرف للمجهول اى لو عرفاه وشرطا طرح قدره فانه مقتضى العقد
فيجوز (قوله وقدره) الواو بمعنى او ط (قوله لانه قابض اومنكر) لف ونشر مرتب قال في البحر لانه
ان اعتبرا اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبرا اختلافا في الزيت فهو
في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة واذا برهن البائع قبلت بينته وأورد عليه
مسألتان احداهما لو باع عبدين ومات أحدهما عند المشتري وجاء بالآخر يرده بعيب واختلفا في قيمة الميت
فالقول للبائع والثانية أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وأجيب عن الاول بأن القول فيه للبائع
لانكاره الزيادة أيضا وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس عند الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف
فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض أهو هذا ام لا فلا يوجب التحالف كذا في الفتح والزق بالكسر
الظرف (قوله وصح بيع الطريق) ذكر في الهداية أنه يحتمل بيع رقبة الطريق وبيع حق المرور وفي الثاني

وامتناع مرابحة ويزاد زكاة
وشركات وقيم المتلفات وأروش
جنايات كما بسطه المصنف معزيا
للعمادية وفي الخلاصة كل
عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه
قبل قبضه لم يجز التصرف فيه قبل
قبضه (وصح) البيع (فيما ضم
اليه) كأن باع بعشرة ولم
يقبضها ثم اشتراه مع شيء آخر
بعشرة فسد في الاول وجاز في
الآخر فيقسم الثمن على قيمتهما
ولا يشيع الفساد لانه طارئ
ولمكان الاجتهاد (و) بيع (زيت
على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه بكل
ظرف كذا رطلا) لان مقتضى
العقد طرح مقدار وزنه كما أفاده
بقوله (بخلاف شرط طرح وزن
الظرف) فانه يجوز كما لو عرف
قدر وزنه (ولو اختلفا في نفس
الظرف وقدره فالقول للمشتري)
بيمينه لانه قابض أو منكر (وصح
بيع الطريق)

مطلب في بيع الطريق

روايتان اه وما ذكره المصنف الثانى فيما يأتى علم أن مراده هنا الاول ثم فى الدرر عن التتارخانية الطرق ثلاثة طريق الى الطريق الاعظم وطريق الى سكة غير نافذة وطريق خاص فى ملك انسان فالاخير لا يدخل فى البيع بلا ذكره أو ذكر الحقوق أو المرافق والاولان يدخلان بلا ذكر اه ملخصا وحاصله لو باع دارا مثلا دخل فيها الاولان تبعا بلا ذكر بخلاف الثالث والظاهر أن المراد هنا هو الثالث وقد علمت أيضا أن المراد بيع رقبة الطريق لا حق المرور لان الثانى يأتى فى كلام المصنف فاذا كانت داره داخل دار رجل وكان له طريق فى دار ذلك الرجل الى داره فاما أن يكون له فيها حق المرور فقط واما أن يكون له رقبة الطريق فاذا باع رقبة الطريق صح فان حد فظاهر والا فله بقدر عرض باب الدار العظمى كما يأتى والفرق بين هذا الطريق والطريق الثانى وهو ما يكون فى سكة غير نافذة أن هذا ملك للبائع وحده ولذا سمى خاصا بخلاف الثانى فانه مشترك بين جميع أهل السكة وفيه أيضا حق للعامة كما يأتى بيانه قريبا وقد اشتبه ذلك على الشرنبلالى فراجعه يظهر لك ما فيه بعد فهمك ما قررناه والحمد لله (قوله وفى الشرنبلالية عن الخانية لا يصح) نقل فى الشرنبلالية عن الخانية الصحة عن مشايخ بلخ فما هنا بناء عليه اه ح قلت عبارة الشرنبلالية هكذا قوله وصح بيع الطريق يخالفه ما قال فى الخانية ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته ولا بيع الطريق بدون الارض وكذلك بيع الشرب وقال مشايخ بلخ جائز ويخالفه أيضا قوله الآتى فى رواية الزيادات اه كلام الشرنبلالية والمتبادر من قول الخانية وقال مشايخ بلخ جائز أن خلافهم فى بيع الشرب اى بدون أرض لا فى جميع المسائل المذكورة بدليل فصله بقوله وكذلك الخ وقد ذكر فى الدرر خلافهم فى مسألة الشرب فقط ولم أر من ذكر خلافهم فى بيع المسيل والطريق فافهم ثم اعلم ان ما ادعاه فى الشرنبلالية من المخالفة غير مسلم لان قول المصنف وصح بيع الطريق مراده به رقبة الطريق بدليل تعليل الدرر بأنه عين معلوم وبدليل ذكره بيع حق المرور بعده والا كان تكرارا وقد تابعه المصنف هنا ومراد الخانية ببيع الطريق بيع حق المرور بدليل قوله بدون الارض وقوله ويخالفه أيضا الخ غير مسلم أيضا لان رواية الزيادات انما ذكرها فى الدرر فى بيع حق المرور لا فى بيع الطريق فمن اين المخالفة وما ذكره المصنف من جواز بيع الطريق وهبته مشى عليه فى الملتقى أيضا بلا ذكر خلاف وكذا فى الهداية وغيرها وانما ذكروا اختلاف الرواية فى بيع حق المرور كما يأتى (تنبيه) باع رقبة الطريق على أن له اى للبائع حق المرور والسفل على ان له قرار العلو جاز فتح قبيل قوله والبيع الى النيروز (قوله ومن قسمة الوهبانية) خبر مقدم والبيت مبتدأ مؤخر أى هذا البيت منقول منها ط (قوله وليس لهم الخ) جملة قال الامام معترضة بين بعض المقول وهو خبر ليس المقدم واسمها المؤخر والواو فى ولم ينفذ للحال اى والحال أن الدرب ليس بنافذ قال ابن الشحنة والمسألة من التتمة عن نوادر ابن رستم ٣ قال ابو حنيفة فى سكة غير نافذة ليس لاصحابها أن يبيعوها ولو اجتمعوا على ذلك ولا أن يقسموها فيما بينهم لان الطريق الاعظم اذا كثر الناس فيه كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف هذا الزحام قال الناطفى وقال شداد فى دور بين خمسة باع أحدهم نصيبه من الطريق فالبيع جائز وليس للمشترى المرور فيه الا أن يشترى دار البائع واذا أرادوا أن ينصبوا على رأس سكتهم دربا ويسدوا رأس السكة ليس لهم ذلك لانها وان كانت ملكا لهم ظاهرا لكن للعامة فيها نوع حق اه ملخصا ثم أفاد أن ما توهمه الناظم فى شرحه من اختلاف الروايتين مدفوع فان ما ذكره ابن رستم فى بيع الكل وما ذكره شداد فى بيع البعض والفرق أن الثانى لا يفضى الى ابطال حق العامة بخلاف الاول هذا وقد علمت مما قررنا سابقا أن ما فى الوهبانية غير ما ذكره المصنف لان مراد المصنف الطريق الخاص المملوك لواحد وهذا طريق مشترك فى سكة مشتركة (قوله وفى معاياتها) خبر مقدم والبيت مبتدأ مؤخر وجملة وارتضاه الخ معترضة والضمير للوهبانية وهى مفاعلة من عاياه اذا سأله عن شئ يظن عجزه عن جوابه من قولهم عى عن جوابه اذا عجز وتمامه فى ط عن ابن الشحنة قال السائحانى والمعاياة عند الفرضيين كالالغاز عند الفقهاء والاحاجى عند أهل اللغة لان ما يستخرج بالحزر يقوى الحجا اى العقل والالغاز جمع لغز بضم اللام وقيل بفتحها وبفتح الغين المعجمة (قوله وارتضاه فى الغاز الاشباه) حقه أن يذكر عند البيت الاول فان الذى فى الغاز الاشباه هكذا اى شركاء فيما يمكن قسمته اذا طلبوها لم يقسم فقل السكة الغير النافذة ليس لهم أن يقتسموها وان اجمعوا على ذلك اه (قوله ومالك ارض الخ) هى الارض المملوكة من السكة الغير النافذة فانه لا يملك بيعها من غير شريكه قال ولو باعها لبعض الشركاء هل يجوز

وفى الشرنبلالية عن الخانية
لا يصح ومن قسمة الوهبانية
وليس لهم قال الامام تقاسم
بدرب ولم ينفذ كذا البيع يذكر
وفى معاياتها وارتضاه فى ألغاز الاشباه
ومالك أرض ليس يملك بيعها
لغير شريك ثم لو منه يحظر

ابن رستم هو ابو بكر المروزى احد
الاعلام تفقه على محمد بن الحسن
وروى عنه النوادر وشداد هو
ابن حكيم من اصحاب زفر مات
سنة عشر ومائتين تراجم العلامة
قاسم اه منه

(حد) اى بين له طول وعرض (أولاوهبته) واذا لم يبين يقدر بعرض باب الدار العظمى (لابيع مسيل الماء وهبته) لجهالته اذ لايدرى قدر مايشغله من الماء (وصح بيع حق المرور تبعا) للارض (بلاخلاف و) مقصودا (وحده فى رواية) وبه أخذ عامة المشايخ شمنى وفى اخرى لا وصححه ابو الليث (وكذا) بيع (الشرب) وظاهر الرواية فساده الاتبعا خانية وشرح وهبانية وسنحققه فى احياء الموات (لا) يصح (بيع حق التسييل وهبته) سواء كان على الارض لجهالة محله كامر

فيه نظر ولم أقف على الجواب فيه اهـ قلت ظاهر قولهم أنه لايجوز بيع الطريق يقتضى المنع مطلقا حالة الانفراد وانما يجوز بالتبعية فيما اذا باع الدار وطريقها قاله عبد البر ابن الشحنة قلت الذى تقدم عن شداد جواز البيع ثم عدم الجواز انما هو على ما فى الخانية وقال مشايخ بلخ بالجواز ط قلت قدمنا الكلام على ما فى الخانية فافهم (قوله وان لم يبين الخ) بيان لقوله اولا وكان الاولى تقديمه على قوله وهبته كما فعل فى الدرر (قوله يقدر بعرض باب الدار العظمى) عزاه فى الدرر الى النهاية ومثله فى الفتح بزيادة قوله وطوله الى السكة النافذة ثم قال فى الدرر وعلى التقديرين يكون عينا معلوما فيصح بيعه وهبته اهـ قلت والظاهر أن العظمى صفة لباب وأنثها لاكتساب الباب التأنيث باضافته الى الدار المؤنثة ومعناه أنه لوكان له دار فى داخل دار جاره مثلا وطريق فى دار الجار فباع الطريق وحده ولم يبين قدره كان للمشترى من دار الجار بعرض باب دار البائع فلو كان لها بابان الاول أعظم من الثانى كان له بقدر الباب الاعظم هذا ما ظهر لى وفى القهستانى وطريق الدار عرضه عرض الباب الذى هو مدخلها وطوله منه الى الشارع اهـ وفى الفتح عند قوله ولواشترى جارية الا حملها الخ ولو قال بعتك الدار الخارجة على ان تجعل لى طريقا الى دارى هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طريقا الى دارى الداخلة جاز وطريقه بعرض باب الدار الخارجة اهـ (فرع) فى الخانية باع نخلة فى أرض صحراء بطريقها من الارض ولم يبين موضع الطريق قال ابو يوسف يجوز وله أن يذهب الى النخلة من اى النواحى شاء اهـ فأفاد جواز بيع الطريق تبعا وان لم يكن له ما يقدر به تأمل (قوله لابيع مسيل الماء) هذا أيضا يحتمل بيع رقبة المسيل وبيع حق التسييل كما فى الهداية ولكن لما قال المصنف بعده لابيع حق التسييل علم أن مراده هنا بيع رقبة المسيل ووجه الفرق بينه وبين بيع رقبة الطريق كما فى الهداية أن الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما كما مر وأما المسيل فمجهول لانه لايدرى قدر ما يشغله من الماء اهـ قال فى الفتح ومن هنا عرف أن المراد ما اذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل اما لو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده اهـ (قوله تبعا للارض) يحتمل أن يكون المراد تبعا لارض الطريق بأن باع الطريق وحق المرور فيه وأن يكون المراد ما اذا كان له حق المرور فى أرض غيره الى أرضه فباع أرضه مع حق مرورها الذى فى أرض الغير والظاهر أن المراد الثانى لان الاول ظاهر لايحتاج الى التنصيص عليه ولقولهم انه لايدخل الا بذكره أو بذكر كل حق لها وهذا خاص بالثانى كما لايخفى (قوله وبه أخذ عامة المشايخ) قال السائحانى وهو الصحيح وعليه الفتوى مضمرات اهـ والفرق بينه وبين حق التعلى حيث لايجوز هو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الارض وهى مال هو عين فما يتعلق به له حكم العين اما حق التعلى فتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال اهـ فتح (قوله وفى اخرى لا) قال فى الدرر وفى رواية الزيادات لايجوز وصححه الفقيه ابو الليث بأنه حق من الحقوق وبيع الحقوق بانفراده لايجوز اهـ وهذه الرواية التى توهم فى الشرنبلالية مخالفتها لقول المصنف والدرر وصح بيع الطريق وقدمنا ما فيه (قوله وكذا بيع الشرب) اى فانه يجوز تبعا للارض بالاجماع ووحده فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء درر ومحل الاتفاق ما اذا كان شرب تلك الارض فلو شرب غيرها ففيه اختلاف المشايخ كما فى الفتح والنهر (قوله وظاهر الرواية فساده الاتبعا) وهو الصحيح كما فى الفتح وظاهر كلامهم أنه باطل قال فى الخانية وينبغى أن يكون فاسدا لا باطلا لان بيعه يجوز فى رواية وبه أخذ بعض المشايخ وجرت العادة ببيعه فى بعض البلدان فكان حكمه حكم الفاسد يملك بالقبض فاذا باعه بعده اى مع أرض له ينبغى أن يجوز ويؤيده ما فى الاصل لو باعه بعبد وقبض العبد وأعتقه جاز عتقه ولو لم يكن الشرب محلا للبيع لما جاز عتقه كما لو اشترى بميتة أو دم فأعتقه لايجوز اهـ وأما ضمانه بالاتلاف بان يسقى أرضه بشرب غيره فهو احدى الروايتين والفتوى على عدمه كما فى الذخيرة وهو الاصح كما فى الظهيرية وتمامه فى النهر (قوله وسنحققه فى احياء الموات) حيث قال هو والمصنف هناك ولا يباع الشرب ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به لانه ليس بمال متقوم فى ظاهر الرواية وعليه الفتوى ثم نقل عن شرح الوهبانية أن بعضهم جوز بيعه ثم قال ونفذ الحكم بصحة بيعه اهـ ط (قوله لايصح بيع حق التسييل الخ) اى باتفاق المشايخ ووجه الفرق بينه وبين حق المرور على رواية جوازه أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق

مطلب فى بيع المسيل

مطلب فى بيع الشرب

الطريق اما التسييل فان كان على السطح فهو نظير حق التعلى وبيع حق التعلى لايجوز باتفاق الروايات ومر وجهه وهو أنه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وان كان على الارض وهو أن يسيل الماء عن أرضه كيلا يفسدها فيمره على أرض لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذى يأخذه وتمامه فى الفتح (قوله لانه حق التعلى) اى نظيره (قوله بثمن مؤجل) اى ثمن دين اما تأجيل المبيع والثمن العين فسد مطلقا كما سيذكره الشارح (قوله الى النيروز) أصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضى الله تعالى عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتبجحون به فتح (قوله فى الحوت) الذى فى الحموى عن البرجندى الجدى ط قلت وهذا اول فصل الشتاء وماذكره الشارح مذكور فى القهستانى (قوله فاذا لم يبينا الخ) اى اذا لم يبين العاقدان واحدا من السبعة فسد اما اذا بيناه اعتبر معرفة وقته فان عرفاه صح والا فسد وهو ماذكره المصنف (قوله والمهرجان) بكسر الميم وسكون الهاء ط عن المفتاح وفى القهستانى أنه نوعان عامة وهو اول يوم من الخريف أعنى اليوم السادس عشر من مهرماه وخاصة وهو اليوم السادس والعشرون منه (قوله فاكتفى بذكر أحدهما) ولكن انما عبر المصنف بذلك كغيره لما قاله فى السراج أيضا ان صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم واليهود بعكسه اهـ والحاصل أن المدار على العلم وعدمه كما أفاده المصنف بقوله اذا لم يدر المتعاقدان (قوله فلو عرفاه جاز) اى عرفه كل منهما فلو عرفه أحدهما فلا افاده الرملى (قوله للعلم به) قال فى الهداية لان مدة صومهم بالايام فهى معلومة فلا جهالة اهـ ومفاده أن صوم اليهود ليس كذلك قال فى الفتح والحاصل أن المفسد الجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز (قوله وهو خمسون يوما) كذا فى الدرر عن التمرتاشى وفى الفتح والنهر خمسة وخمسون يوما وفى القهستانى صوم النصارى سبعة وثلاثون يوما فى مدة ثمانية وأربعين يوما فان ابتداء صومهم يوم الاثنين الذى يكون قريبا من اجتماع النيرين الواقع ثانى شباط من أدار ولا يصومون يوم الاحد ولا يوم السبت الا يوم السبت الثامن والاربعين ويكون فطرهم يعنى يوم عيدهم يوم الاحد بعد ذلك (قوله والحصاد) بفتح الحاء وكسرها ومثله القطاف والدياس فتح (قوله والدياس) هو دوس الحب بالقدم لينقشر واصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت ياء للكسرة قبلها فتح (قوله لانها) اى المذكورات من قوله الى قدوم ومابعده (قوله ولو باع الخ) أفاد أن ماذكر من الفساد بهذه الآجال انما هو اذا ذكرت فى اصل العقد بخلاف ما اذا ذكرت بعده كما لو ألحقا بعد العقد شرطا فاسدا ويأتى تصحيح أنه لا يلتحق (قوله شمنى) ومثله فى الفتح (قوله صح التأجيل) كذا جزم به فى الهداية والملتقى وغيرها وقدمنا تمام الكلام عليه اول البيوع عند قوله وصح بثمن حال ومؤجل الى معلوم فراجعه (قوله متحملة فى الدين) راجع الى قوله ولو باع مطلقا الخ يعنى ان التأجيل بعد صحة العقد تأجيل دين من الديون فتحمل فيه الجهالة اليسيرة بخلافه فى صلب العقد لان قبول هذه الاجال شرط فاسد والعقد يفسد به أفاده فى الفتح (قوله والكفالة) فانها تحمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود فتحمل جهالة الوصف وهو الاجل اولى وتمامه فى الفتح (قوله لا الفاحشة) كالى هبوب الريح ونحوه كما يأتى قال فى النهر وهذا يشير الى أن اليسيرة ما كانت فى التقدم والتأخر والفاحشة ما كانت فى الوجود كهبوب الريح كذا فى العناية اهـ (تنبيه) فى الزاهدى باعه بثمن نصفه نقد ونصفه اذا رجع من بلد كذا فهو فاسد (قوله أو أسقط المشترى الاجل) وجه الصحة ان الفساد كان للتنازع وقد ارتفع قبل تقرره وأفاد أن من له الحق يستبد باسقاطه لانه خالص حقه وأما قول القدورى تراضيا على اسقاطه فهو قيد اتفاقى كما فى الهداية (قوله قبل حلوله) قيد به لانه لو أسقطه بعد حلوله لا ينقلب جائزا منح اى لو قال ابطلت التأجيل الذى شرطته فى العقد لا يبطل ويبقى الفساد لتقرره بمضى الاجل وليس المراد اسقاط الاجل الماضى فافهم (قوله وقبل فسخه) اى فسخ العقد اما لو فسخه للفساد ثم اسقط الاجل لا يعود العقد صحيحا لارتفاعه بالفسخ (قوله وقبل الافتراق) هذا فى الاجل المجهول جهالة متفاحشة كما يأتى فلا محل لذكره هنا ولذا اعترضه الرملى بان اطباق المتون على عدم ذكره صريح فى عدم اشتراطه وقول الزيلعى لو اسقط المشترى الاجل قبل أخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع صريح بانقلابه جائزا ولو بعد أيام ولو شرطنا قبل الافتراق لما صح قوله قبل أخذ الناس الخ واذا تتبعت كلامهم جميعا وجدته كذلك اهـ ملخصا (قوله ابن كمال وابن ملك) أقول عزاه

أو على السطح لانه حق التعلى وقد مر بطلانه (و) لا (البيع) بثمن مؤجل (الى النيروز) هو أول يوم من الربيع تحل فيه الشمس برج الحمل وهذا نيروز السلطان ونيروز المجوس يوم تحل فى الحوت وعده البرجندى سبعة فاذا لم يبينا فالعقد فاسد ابن كمال (والمهرجان) هو أول يوم من الخريف تحل فيه الشمس برج الميزان (وصوم النصارى) وفطرهم (وفطر اليهود) وصومهم فاكتفى بذكر احدهما سراج (اذا لم يدره المتعاقدان) النيروز ومابعده فلو عرفاه جاز (بخلاف فطر النصارى بعد ماشرعوا فى صومهم) للعلم به وهو خمسون يوما (و) لا (الى قدوم الحاج والحصاد) للزرع (والدياس) للحب (والقطاف) للعنب لانها تتقدم وتتأخر (ولو باع مطلقا عنها) اى عن هذه الآجال (ثم أجل الثمن) الدين اما تأجيل المبيع او الثمن العين فيفسد ولو الى معلوم شمنى (اليها صح) التأجيل (كما لو كفل الى هذه الاوقات) لان الجهالة اليسيرة متحملة فى الدين والكفالة لا الفاحشة (أو أسقط) المشترى (الاجل) فى الصور المذكورة (قبل حلوله) وقبل فسخه (و) قبل (الافتراق) حتى لو تفرقا قبل الاسقاط تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا اتفاقا ابن كمال وابن ملك

ابن كمال الى شرح الطحاوى وعزاه ابن ملك الى الحقائق عن شرح الطحاوى وهو غير صحيح فان الذى رأيته فى الحقائق وهو شرح المنظومة النسفية فى باب ما اختص به زفر هكذا اعلم ان البيع بأجل مجهول لا يجوز اجماعا سواء كانت الجهالة متقاربة كالحصاد والدياس مثلا أو متفاوتة كهبوب الريح وقدوم واحد من سفره فان أبطل المشترى الاجل المجهول المتقارب قبل محله وقبل فسخ العقد بالفساد انقلب البيع جائزا عندنا وعند زفر لا ينقلب ولو مضت المدة قبل ابطال الاجل تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا اجماعا وان أبطل المشترى الاجل المجهول المتفاوت قبل التفرق ونقد الثمن انقلب جائزا عندنا وعند زفر لا ينقلب جائزا ولو تفرقا قبل الابطال تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا اجماعا من شرح الطحاوى فى أول السلم قلت ذكر أبو حنيفة الاجل المجهول مطلقا وقد بينت أن اسقاط كل واحد موقت بوقت على حدة اهـ ما فى الحقائق وقدمنا مثله أول البيوع عن البحر عن السراج ورأيته منقولا أيضا عن البدائع وحاصله أن اعتبار ابطال الاجل قبل التفرق انما هو فى الاجل المجهول المتفاوت اى المجهول جهالة متفاحشة لا فى المجهول المتقارب فانهم لم يذكروه فيه والظاهر أن ابن كمال تابع ابن ملك وأن نسخة الحقائق التى نقل منها ابن ملك فيها سقط وتبعه أيضا المصنف والشارح وهذا من جملة المواضع التى لم أر من نبه عليها ولله تعالى الحمد (تنبيه) قول الحقائق ونقد الثمن غير شرط فى المجلس لما فى التاسع والثلاثين من جامع الفصولين أبطل المشترى الاجل الفاسد ونقد الثمن فى المجلس أو بعده جاز البيع عندنا استحسانا وقال زفر والشافعى لم يجز وتمامه فيه (قوله فلا ينقلب جائزا وان أبطل الاجل) هذا يوهم ان المراد وان أبطل الاجل قبل الافتراق وليس كذلك لما علمت من صريح النقول أنه ينقلب جائزا ولان العينى لم يذكر قوله قبل الافتراق فتعين أن المراد وان أبطله قبل حلوله (قوله أو أمر المسلم الخ) عطف على كفل من قوله كالو كفل ط (قوله ببيع خمر أو خنزير) اى مملوكين له بأن أسلم عليهما ومات قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فتح (قوله يعنى صح ذلك) اى التوكيل وبيع الوكيل وشراؤه بحر (قوله مع أشد كراهة) اى مع كراهة التحريم فيجب عليه أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير ولو وكله ببيعهما يجب عليه أن يتصدق بثمنهما نهر وغيره وانظر لم لم يقولوا ويقتل الخنزير مع أن تسييب السوائب لا يحل (قوله كما صح مامر) وهو المعطوف عليه منح اى الكفالة واسقاط الاجل وأفاد بهذا ان قوله أو أمر معطوف على قوله كفل لئلا يتوهم عطفه على ما لا يصح وهو البيع الى النيروز (قوله لان العاقد الخ) اى ان الوكيل فى البيع يتصرف بأهلية نفسه لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد الى الموكل وترجع حقوق العقد اليه وهو أهل لبيع الخمر وشرائها شرعا فلا مانع شرعا من توكله فتح (قوله أمر حكمى) اى بحكم الشرع بانتقال ما ثبت للوكيل من الملك اليه فيثبت له كثبوت الملك الجبرى له بموت مورثه (قوله وقالا لا يصح) اى يبطل كما فى البرهان (قوله وهو الاظهر) لعل وجهه ما قاله فى الفتح من أن حكم هذه الوكالة فى البيع أن لا ينتفع بالثمن وفى الشراء أن يسيب الخنزير ويخلل الخمر أو يريقها فبقى تصرفا بلا فائدة فلا يشرع مع كونه مكروها تحريما فأى فائدة فى الصحة وأجاب فى النهر بأنا لا نسلم عدم المشروعية لان عدم طيب الثمن لا يستلزم عدم الصحة كما فى شعر الخنزير اذا لم يوجد مباح الاصل جاز بيعه وان لم يطب ثمنه وأما فى الشراء فله فائدة فى الجملة وهى تخليل الخمر اهـ وتأمل ذلك مع ما قدمناه عند قوله وشعر الخنزير الخ (قوله ولا بيع بشرط) شروع فى الفساد الواقع فى العقد بسبب الشرط لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط لكن ليس كل شرط يفسد البيع نهر وأشار بقوله بشرط الى أنه لابد من كونه مقارنا للعقد لان الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد قيل يلتحق عند أبى حنيفة وقيل لا وهو الاصح كما فى جامع الفصولين فى ٣٩ لكن فى الاصل انه يلتحق عند أبى حنيفة وان كان الالحاق بعد الافتراق عن المجلس وتمامه فى البحر قلت هذه الرواية الاخرى عن أبى حنيفة وقد علمت تصحيح مقابلها وهى قولهما ويؤيده ما قدمه المصنف تبعا للهداية وغيرها من أنه لو باع مطلقا عن هذه الآجال ثم أجل الثمن اليها صح فانه فى حكم الشرط الفاسد كما أشرنا اليه هناك ثم ذكر فى البحر أنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد وصورته كما فى الولوالجية قال اشتر حتى أبنى الحوائط اهـ قال فى النهر بعد ما ذكر عبارة جامع الفصولين وبهذا ظهر خطأ بعض حنفية العصر اذ أفتى فى رجل باع لآخر قصب سكر قدرا معينا وأشهد على نفسه بأنه يسقيه ويقوم عليه بأن البيع فاسد لانه شرط تركه على الارض نعم الشرط غير لازم اهـ قلت وفى جامع الفصولين أيضا لو ذكرا البيع

بلا شرط

لجهالة فاحشة كهبوب الريح ومجيء مطر فلا ينقلب جائزا وان أبطل الاجل عينى (أو أمر المسلم ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما) اى وكل المسلم (ذميا) (أو أمر المحرم غيره) اى غير المحرم (ببيع صيده) يعنى صح ذلك عند الامام مع أشد كراهة كما صح ما مر لان العاقد يتصرف بأهليته وانتقال الملك الى الآمر أمر حكمى وقالا لا يصح وهو الاظهر شرنبلالية عن البرهان (و) لا (بيع بشرط)

مطلب فى البيع بشرط فاسد

مطلب فى الشرط الفاسد اذا ذكر بعد العقد أو قبله

بلاشرط ثم ذكرا الشرط على وجه العدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد اذ المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازما لحاجة الناس تبايعا بلا ذكر شرط الوفاء ثم شرطاه يكون بيع الوفاء اذ الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد عند أبي حنيفة ثم رمز انه يلتحق عنده لا عندهما وأن الصحيح انه لا يشترط لالتحاقه مجلس العقد اهـ وبه أفتى في الخيرية وقال فقد صرح علماؤنا بأنهما لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد اهـ قلت فهذا أيضا مبني على خلاف ما مر تصحيحه والظاهر أنهما قولان مصححان (تنبيه) في جامع الفصولين أيضا لو شرطا شرطا فاسدا قبل العقد ثم عقدا لم يبطل العقد اهـ قلت وينبغي الفساد لو اتفقا على بناء العقد عليه كما صرحوا به في بيع الهزل كما سيأتي آخر البيوع وقد سئل الخير الرملي عن رجلين تواضعا على بيع الوفاء قبل عقده وعقدا البيع خاليا عن الشرط فأجاب بأنه صرح في الخلاصة والفيض والتتارخانية وغيرها بأنه يكون على ما تواضعا (قوله عطف على الى النيروز) كذا في الدرر لكن هذا ظاهر لو كان لفظة بيع ليست من المتن كعبارة الدرر أما على كونها من المتن فالعطف على البيع في قوله والبيع الى النيروز (قوله الاصل الجامع) مبتدأ وقوله بسبب شرط خبره اهـ ح والجملة في محل نصب بيعني ويحتمل نصب الاصل على أنه مفعول يعني أي يعني المصنف الاصل الجامع في فساد العقد الخ ط قلت وفي كل من التوجيهين خفاء وكان الاوضح ان يزيد الشارح لفظة ما قبل قوله لا يقتضيه فتكون هي الخبر لان الظاهر أن قوله بسبب متعلق بفساد وهذا ينافي كونه خبرا عن الاصل ولان مراده أن يصير قوله لا يقتضيه العقد الخ أصلا وضابطا ولا يتم ذلك الا بما قلنا نعم يحتمل كون الخبر بيع بشرط دل عليه ما قبله ولا يصح كون ما قبله هو الخبر لاقترانه بالواو العاطفة (قوله لا يقتضيه العقد ولا يلائمه) قال في البحر معنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط ومعنى كونه ملائما ان يؤكد موجب العقد كذا في الذخيرة وفي السراج الوهاج أن يكون راجعا الى صفة الثمن أو المبيع كاشتراط الخبز والطبخ والكتابة اهـ ما في البحر (قوله وفيه نفع لاحدهما) الاولى قول الزيلعي وفيه نفع لاهل الاستحقاق فانه أشمل وأخصر لشموله ما فيه نفع لاجنبي فيوافق قوله الآتي ولا نفع فيه لاحد ولاستغنائه عن قوله أو لمبيع (تنبيه) المراد بالنفع ما شرط من احد العاقدين على الآخر فلو على أجنبي لا يفسد ويبطل الشرط لما في الفتح عن الولوالجية بعتك الدار بألف على ان يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي ولا خيار للبائع اهـ ملخصا وفي البحر عن المنتقى قال محمد كل شئ يشترطه المشتري على البائع يفسد به البيع فاذا شرطه على اجنبي فهو باطل كما اذا اشترى دابة على ان يهبه فلان الاجنبي كذا وكل شئ يشترطه على البائع لا يفسد به البيع فاذا شرطه على أجنبي فهو جائز وهو بالخيار كما اذا اشترى على ان يحط عنه فلان الاجنبي كذا جاز البيع فان شاء أخذه بجميع الثمن أو ترك اهـ (قوله من أهل الاستحقاق) أي ممن يستحق حقا على الغير وهو الادمي بحر (قوله فلو لم يكن الخ) صرح بمحترز هذا القيد والذي بعده وان كان يأتي لزيادة البيان (قوله كشرط أن يقطعه) أي يقطع المبيع من حيث هو الصادق على الثوب أو العبد أو غيرهما وبهذا ساغ عود الضمير عليه في قوله أو يعتقه الخ (قوله مثال لما لا يقتضيه العقد) أي ولا يلائمه ولم يذكر مثال ما يقتضيه العقد ولا يلائمه قال في البحر وخرج عن الملائم للعقد ما لو اشترى أمة بشرط ان يطأها أو لا يطأها فالبيع فاسد لان الملائم للعقد الاطلاق وعن أبي يوسف يجوز في الاول لانه ملائم وعند محمد يجوز فيهما لان الثاني ان لم يقتضه العقد لا نفع فيه لاحد فهو شرط لا طالب له اهـ (قوله وفيه نفع للمشتري) ومنه ما لو شرط على البائع طحن الحنطة أو قطع الثمرة وكذا ما اشتراه على ان يدفعه البائع اليه قبل دفع الثمن أو على ان يدفع الثمن في بلد آخر أو على ان يهب البائع منه كذا بخلاف على أن يحط من ثمنه كذا لان الحط ملحق بما قبل العقد ويكون البيع بما وراء المحطوط بحر (قوله مثال لما فيه نفع للبائع) ومنه ما لو شرط البائع ان يهبه المشتري شيأ أو يقرضه أو يسكن الدار شهرا أو ان يدفع المشتري الثمن الى غريم البائع لسقوط مؤنة القضاء عنه ولان الناس يتفاوتون في الاستيفاء فمنهم من يسامح ومنهم من يماكس أو على ان يضمن المشتري عنه ألفا لغريمه بحر (قوله لما مر الخ) قال في العزمية على الدرر لم يسبق منه شئ مثل هذا في باب خيار الرؤية ولا في غيره ولو سلم فلا مساس له بمسألتنا (قوله أو يعتقه) الضمير المستتر فيه وفيما بعده عائد على المشتري (قوله فان أعتقه صح)

عطف على الى النيروز يعني الاصل الجامع في فساد العقد بسبب شرط (لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لاحدهما أو) فيه نفع (لمبيع) هو (من اهل الاستحقاق) للنفع بأن يكون آدميا فلو لم يكن كشرط ان لا يركب الدابة المبيعة لم يكن مفسدا كما سيجيء (ولم يجر العرف به و) لم (يرد الشرع بجوازه) اما لو جرى العرف به كبيع نعل مع شرط تشريكه أو ورد الشرع به كخيار شرط فلا فساد (كشرط ان يقطعه) البائع (ويخيطه قباء) مثال لما لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري (أو يستخدمه) مثال لما فيه نفع للبائع وانما قال (شهرا) لما مر أن الخيار اذا كان ثلاثة ايام جاز ان يشترط فيه الاستخدام درر (أو يعتقه) فان اعتقه صح ان بعد قبضه ولزم الثمن عنده والا لا شرح مجمع

اى انقلب جائزا عنده خلافا لهما حتى يجب على المشترى الثمن وعندهما القيمة بخلاف التدبير ونحوه لان شرط العتق بعد وجوده يصير ملائما للعقد لانه منه للملك والفاسد لا تقرر له فيكون صحيحا ولا كذلك التدبير ونحوه لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعه فيتقرر الفساد واجمعوا على انه لو أعتقه قبل القبض لا يعتق الا اذا أمره البائع بالعتق لانه صار قبض المشترى سابقا عليه لان البائع سلطه عليه وعلى انه لو هلك فى يد المشترى قبل العتق اوباعه أووهبه يلزمه القيمة نهر ملخصا (قوله مثال لما فيه نفع لمبيع يستحقه) لان العبد آدمى والآدمى من أهل الاستحقاق ومنه اشتراط أن لا يبيعه اولا يهبه لان المملوك يسره ان لا تتداوله الايدى وكذا بشرط ان لا يخرجه من مكة وفى الخلاصة اشترى عبدا على ان يبيعه جاز وعلى ان يبيعه من فلان لا يجوز لان له طالبا وفى البزازية اشترى عبدا على ان يطعمه لم يفسد وعلى ان يطعمه خبيصا فسد اهـ بحر ونقل فى الفتح أيضا عبارة الخلاصة وأقرها والظاهر أن وجهها كون بيع العبد ليس فيه نفع له فاذا شرط بيعه من فلان صار فيه نفع لفلان وهو من أهل الاستحقاق فيفسد ووجه ما فى البزازية ان اطعام العبد من مقتضيات العقد بخلاف اطعامه نوعا خاصا كالخبيص (قوله ثم فرع على الاصل) أى ذكر فروعا مبنية عليه وتقدم فى آخر باب خيار الشرط ان البيع لا يفسد بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا فراجعها (قوله يقتضيه العقد) أى يجب به بلا شرط (قوله ولا نفع فيه لاحد) أى من أهل الاستحقاق للنفع والا فالدابة تنتفع ببعض الشروط وشمل ما فيه مضرة لاحدهما قال فى النهر كأن كان ثوبا على ان يخرقه أوجارية على ان لا يطأها أودارا على ان يهدمها فعند محمد البيع جائز والشرط باطل وقال ابو يوسف البيع فاسد كذا فى الجوهرة ومثل فى البحر لما فيه مضرة بما اذا اشترى ثوبا على ان لا يبيعه ولا يهبه والبيع فى مثله جائز عندهما خلافا لابى يوسف اهـ قلت فاطلاق المصنف مبنى على قولهما وشمل أيضا ما لا مضرة فيه ولا منفعة قال فى البحر كأن اشترى طعاما بشرط أكله أوثوبا بشرط لبسه فانه يجوز اهـ تأمل (قوله ولو أجنبيا) تعميم لقوله لاحد وبه صرح الزيلعى أيضا (قوله فلو شرط الخ) تفريع على مفهوم التعميم المذكور فان مفهومه أنه لو كان فيه نفع لاجنبى يفسد البيع كما لو كان لاحد المتعاقدين (قوله اوأن يقرضه) أى ان يقرض فلانا احد العاقدين كذا بأن شرط المشترى على البائع ان يقرض زيدا الاجنبى كذا من الدراهم أوشرط البائع على المشترى ذلك (قوله فالاظهر الفساد) وبه جزم فى الفتح بقوله وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين ومنه اذا باع ساحة على ان يبنى بها مسجدا أوطعاما على ان يتصدق به فهو فاسد اهـ ومفاده انه لا يلزم ان يكون الاجنبى معينا وتأمله مع ما قدمناه آنفا عن الخلاصة الا ان يجاب بان المسجد والصدقة يراد بهما التقرب الى الله تعالى وحده وان كانت المنفعة فيهما لعباده فصار المشروط له معينا بهذا الاعتبار تأمل (قوله وظاهر البحر ترجيح الصحة) حيث قال وخرج أيضا ما اذا شرط منفعة لاجنبى كأن يقرض البائع أجنبيا فالبيع صحيح كما فى الذخيرة عن الصدر الشهيد وفيها وذكر القدورى انه يفسد كأن يقول اشتريت منك هذا على ان تقرضنى أوتقرض فلانا اهـ وفى القهستانى عن الاختيار جواز البيع وبطلان الشرط وفى المنح واختار صاحب الوقاية تبعا لصاحب الهداية عدم الفساد اهـ وبه جزم فى الخانية قلت لكن قد علمت ان ما نقله الشارح عن ابن ملك من التعميم للاجنبى صرح به الزيلعى وبه جزم فى الفتح وكذا فى الخلاصة كما قدمناه آنفا والحاصل انهما قولان فى المذهب (قوله عبر ابن الكمال بيركب الدابة) وهو أحسن لان المراد بقوله ولا نفع فيه لاحد أى من أهل الاستحقاق فالتقييد بأهل الاستحقاق للاحتراز عما فيه نفع لغيرهم كالدابة فى بيعها بشرط ان لا يركبها فانه غير مفسد لانها ليست بأهل لاستحقاق النفع وأما اشتراط ان لا يبيعها فانه ليس فيه نفع لها عادة ولا لغيرها وذلك ليس محل التوهم ليحترز عنه بخلاف ما فيه نفعها (قوله لكن يلائمه) عبر به فى الفتح بما يتضمن التوثق بالثمن وهو قريب مما قدمناه عن الذخيرة من تفسير الملائم بما يؤكد موجب العقد فان الثمن من موجبات العقد (قوله كشرط رهن معلوم) أى بالاشارة أو التسمية فلو لم يكن معلوما بذلك لم يجز الا اذا تراضيا على تعيينه فى المجلس ودفعه اليه قبل ان يتفرقا أو يعجل الثمن ويبطل الرهن واذا كان مسمى فامتنع عن تسليمه لم يجبروا تمامه بوم بدفع الثمن فان لم يدفعهما خير البائع فى الفسخ بحر (قوله وكفيل حاضر) أى وقبل الكفالة وكذا لو غائبا فحضر وقبلها قبل التفرق فلو بعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز واشتراط الحوالة كالكفالة بحر قلت فى الخانية

(أويدبره اويكاتبه أو يستولدها أولا يخرج القن عن ملكه) مثال لما فيه نفع لمبيع يستحقه ثم فرع على الاصل بقوله (فيصح) البيع (بشرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى) وشرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن (أولا يقتضيه ولا نفع فيه لاحد) ولو أجنبيا ابن ملك فلو شرط ان يسكنها فلان اوأن يقرضه البائع او المشترى كذا فالاظهر الفساد ذكره أخى زاده وظاهر البحر ترجيح الصحة (كشرط أ لا يبيع) عبر ابن الكمال بيركب (الدابة المبيعة) فانها ليست بأهل للنفع (أولا يقتضيه لكن يلائمه كشرط رهن معلوم وكفيل حاضر ابن ملك

ولو باع على ان يحيل البائع رجلا بالثمن على المشترى فسد البيع قياسا واستحسانا ولو باع على ان يحيل المشترى البائع على غيره بالثمن فسد قياسا وجاز استحسانا اهـ (قوله اى صرم) بفتح الصاد المهملة وهو الاديم اى الجلد (قوله سماه باسم ما يؤول) اى كتسمية العصير خمرا وذلك ان قوله على ان يحذوه اى يقطعه لا يناسب النعل وانما يناسب الجلد فانه يقطع ثم يصير نعلا وجوز فى الفتح ان يكون حقيقة أى اشترى نعل رجل واحدة على ان يحذوها أى يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذوت النعل بالنعل قدرته بمثال قطعته قال ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لان يشترى أديما على ان يجعل له شراكا فلا بد أن يراد حقيقة النعل اهـ وأجاب فى النهر بأنه يجوز أن يراد بالنعل الصرم وضمير يشركه للنعل بالمعنى الحقيقى على طريق الاستخدام اهـ قلت ارادة الحقيقة اظهر فى عبارة الهداية حيث قال على ان يحذوها أو يشركها بضمير التأنيث لان النعل مؤنثة اما على عبارة المصنف كالكنز من تذكير الضمير فالاظهر ارادة المجاز وهو الجلد (قوله ومثله تسمير القبقاب) أصله للمحقق ابن الهمام حيث قال ومثله فى ديارنا شراء القبقاب على ان يسمر له سيرا (قوله استحسانا للتعامل) أى يصح البيع ويلزم الشرط استحسانا للتعامل والقياس فساده لان فيه نفعا لاحدهما وصار كصبغ الثوب مقتضى القياس منعه لانه اجارة عقدت على استهلاك عين الصبغ مع المنفعة ولكن جوز للتعامل ومثله اجارة الظئر وللتعامل جوزنا الاستصناع مع انه بيع المعدوم ومن انواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع قلنسوة أو قلنسوة بشرط ان يجعل البائع لها بطانة من عنده وتمامه فى الفتح وفى البزازية اشترى ثوبا أو خفا خلقا على ان يرقعه البائع ويسلمه صح اهـ ومثله فى الخانية قال فى النهر بخلاف خياطة الثوب لعدم التعارف اهـ قال فى المنح فان قلت نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيلزم أن يكون العرف قاضيا على الحديث قلت ليس بقاض عليه بل على القياس لان الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفى النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس والعرف قاض عليه اهـ ملخصا قلت وتدل عبارة البزازية والخانية وكذا مسألة القبقاب على اعتبار العرف الحادث ومقتضى هذا انه لو حدث عرف فى شرط غير الشرط فى النعل والثوب والقبقاب ان يكون معتبرا اذا لم يؤد الى المنازعة وانظر ما حررناه فى رسالتنا المسماة نشر العرف فى بناء بعض الاحكام على العرف التى شرحت بها قولى

والعرف فى الشرع له اعتبار * لذا عليه الحكم قد يدار

(قوله وهذا) أى التفصيل السابق (قوله انما هو اذا علقه بكلمة على) والظاهر من كلامهم ان قوله بشرط كذا بمنزلة على نهر قلت يؤيده ما فى القهستانى حيث قيد الشرط بكون حرفه الباء وعلى دون ان اهـ قال فى النهر ولا بد أن لا يقولها بالواو حتى لو قال بعتك بكذا وعلى أن تقرضنى كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطا وان يكون الشرط فى صلب العقد الخ وقدمنا الكلام على الاخير (قوله بطل البيع) ظاهره ولو كان مضر الانفع فيه لاحد وبه صرح القهستانى (قوله ووقته) بصيغة الماضى من التوقيت ط (قوله كخيار الشرط) أى كتوقيت خيار الشرط وهو ثلاثة أيام وهذا منه فان خيار الشرط يصح لغير العاقدين (قوله وبحر من مسائل شتى) أى متفرقة جمع شتيت والمسألة مذكورة فى البحر فى هذا الباب أيضا وكذا فى النهر والقهستانى (قوله واذا قبض المشترى المبيع الخ) شروع فى بيان أحكام البيع الفاسد وشمل قبض وكيله والقبض الحكمى لما قدمناه من ان أمر البائع بالعتق قبله صحيح لاستلزامه القبض وهل التخلية قبض هنا صحح فى المجتبى والعمادية عدمه وصحح فى الخانية انها قبض واختاره فى الخلاصة من البحر والنهر وطحن البائع الحنطة بأمر المشترى كالعتق كما سيذكره الشارح ويأتى تمامه (قوله عبر ابن الكمال باذن) أى ليعم بيع المكره اذ هو فاسد ولا رضاء فيه كما حررناه اول البيوع (قوله بأن يأمره بالقبض) أى وقبضه بحضرته أو غيبته ط عن الاتقانى (قوله بأن قبضه فى مجلس العقد بحضرته) تصوير للاذن دلالة اما بعد المجلس فلا بد من صريح الاذن الا اذا قبض البائع الثمن وهو مما يملك به فانه يكون اذنا بالقبض دلالة اهـ ح عن النهر فان كان مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير فلا بد من صريح الاذن كما أفاده الزيلعى (قوله وتقدم مع حكمه) أى فى قوله والبيع الباطل حكمه عدم ملك المشترى اياه اذا قبضه الخ (قوله وحينئذ) أى

او (جرى العرف به كبيع نعل) أى صرم سماه باسم ما يؤول عينى (على ان يحذوه) البائع (ويشركه) اى يضع عليه الشراك وهو السير ومثله تسمير القبقاب (استحسانا) للتعامل بلا نكير هذا اذا علقه بكلمة على وان بكلمة ان بطل البيع الا فى بعت ان رضى فلان ووقته كخيار الشرط أشباه من الشرط والتعليق وبحر من مسائل شتى (واذا قبض المشترى المبيع برضى) عبر ابن الكمال باذن (بائعه صريحا أو دلالة) بأن قبضه فى مجلس العقد بحضرته (فى المبيع الفاسد) وبه خرج الباطل وتقدم مع حكمه وحينئذ فلا حاجة لقول الهداية والعناية وكل من عوضيه مال كما افاده ابن الكمال

قوله بان يأمره بالقبض هذه الجملة ليست موجودة فى نسخ الشارح التى بايدينا اهـ

حين اذ خرج الباطل بقيد الفاسد (قوله كما مرّ) أى فى أوّل الباب فى قوله والمراد بالفاسد الخ الممنوع مجازا عرفيا فيعمّ الباطل والمكروه (قوله حقق اخراجه) أى اخراج الباطل بذلك أى بقوله وكل من عوضيه مال وتعقبه الحموى بان من افراد الباطل مالا يخرج بهذا القيد وهو بيع الخمر والخنزير بالدراهم فانه باطل مع ان كلا من عوضيه مال وعلى هذا فلا بدّ من حذف هذا القيد لاقتضائه ان هذا الفرد من الباطل يكون فاسدا يملك بالقبض وليس كذلك ط قلت المراد المال المتقوّم كما قيده به فى النهر ولا شك ان الخمر ونحوه غير متقوّم ويدل على هذا انه فى أوّل الباب قال وبطل بيع ماليس بمال والبيع به فان المراد به ماليس بمال فى سائر الاديان والخمر والخنزير مال عند أهل الذمّة ولذا قال بعده وبطل بيع مال غير متقوّم كخمر وخنزير فعلم انّ المراد بالمال هنا المتقوّم وهو المال فى سائر الاديان فلا يدخل فيه الخمر ونحوه فافهم (قوله ولم ينهه) قيد لقوله أو دلالة كما هو صريح الهداية وغيرها أى أن الرضى بالقبض دلالة كما مرّ تصويره مقيد بما اذا لم ينهه عن القبض لان الدلالة تلغو مع النهى الصريح فافهم (قوله ولم يكن فيه خيار شرط) يوضحه قول الخانية ويثبت خيار الشرط فى البيع الفاسد كما يثبت فى البيع الجائز حتى لو باع عبدا بألف درهم ورطل خمر على انه بالخيار ثلاثة أيام وقبض المشترى العبد وأعتقه فى الايام الثلاثة لا ينفذ اعتاقه ولولا خيار الشرط للبائع نفذ اعتاق المشترى بعد القبض اه سائحانى ومفاده صحة اعتاقه بعد مضى المدّة لزوال الخيار وهو ظاهر (قوله ملكه) أى ملكا خبيثا حراما فلا يحل أكله ولا لبسه الخ قهستانى وأفاد انه يملك عينه وهو الصحيح المختار خلافا لقول العراقيين انه يملك التصرّف فيه دون العين وتمامه فى البحر (قوله الا فى ثلاث) قلت يزاد مثلها وهى بيع المكاتب والمدبر وأمّ الولد على القول بفساده كما مرّ الخلاف فيه (قوله فى بيع الهازل) أى على ما صرّح به البزدوى وصاحب المنار من انه فاسد وذكر فى القنية انه باطل فلا استثناء كما فى البحر وقد بسطنا الكلام عليه أوّل البيوع وحققنا انّ المراد من قول الخانية والقنية انه باطل أى فاسد بدليل انهما لو أجازاه جاز والباطل لا تلحقه الاجازة وانه منعقد بأصله لانه مبادلة مال بمال لا بوصفه فافهم (قوله وفى شراء الاب من ماله لطفله الخ) وقعت هذه العبارة كذلك فى البحر والاشباه عن المحيط وصوابها وفى شراء الاب من مال طفله لنفسه فاسدا أو بيعه من ماله لطفله كذلك لان عبارة المحيط على ما فى الفتح والنهر هكذا باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا أو اشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله اه وبه اندفع توقف المحشى (قوله حتى يستعمله) لان قبض الاب حاصل فلا بدّ من الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث ولذا جمع فى المحيط بين القبض والاستعمال وعلى هذا فلا يلزم فى صورة الشراء لطفله أن يكون الاستعمال فى حاجة طفله فافهم (قوله لا يملكه به) أى بالقبض وفى الفتح عن جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهى حاضرة ملكها قال فى النهر أقول يجب أن يكون مخرجا على أنّ التخلية قبض ولذا قيده بكونها حاضرة والا فقد مرّ أن قبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع اه أى لانّ قبض المبيع مضمون بالثمن أو بالقيمة لو فاسدا وقبض الامانة غير مضمون وهو أضعف من المضمون فلا ينوب عنه وقدّمنا قريبا اختلاف التصحيح فى كون التخلية قبضا فى البيع الفاسد (قوله واذا ملكه) مرتبط بقول المصنف ملكه ط (قوله تثبت كل أحكام الملك) فيكون المشترى خصما لمن يدعيه لانه يملك رقبته نص عليه محمد رحمه الله ولو باعه كان الثمن له ولو أعتقه صح والولاء له ولو أعتقه البائع لم يعتق ولو بيعت دار الى جنبها فالشفعة للمشترى وتمامه فى البحر (قوله ولا وطؤها) ذكر العمادى فى فصوله خلافا فى حرمة وطئها فقيل يكره ولا يحرم وقيل يحرم بحر أى لانّ فيه اعراضا عن الردّ الواجب وفى حاشية الحموى قيل وهل اذا زوّجها يحل للزوج وطؤها الظاهر نعم وهل يطيب المهر للمشترى أم لا محل نظر (قوله ولا ان يتزوّجها منه البائع) المراد لا يصح لانها بصدد أن تعود الى البائع نظرا الى وجوب الفسخ فيصير ناكحا أمته حموى (قوله ولا شفعة لجاره لو عقارا) أى لو اشترى دارا شراء فاسدا وقبضها لا يثبت للجار حق الشفعة قال ط عن حاشية الاشباه للسيد ابى السعود ولا لخليطه فى نفس المبيع وشريكه فى حق المبيع لان حق البائع لم ينقطع لانه على شرف الفسخ والاسترداد نفيا للفساد حتى اذا سقط حق الفسخ بأن بنى المشترى فيها يثبت حق الشفعة اه (قوله ولا شفعة بها) هذا سبق نظر لان الذى فى الجوهرة هكذا واذا كان المشترى دارا فبيعت دار الى جنبها ثبتت الشفعة للمشترى اه ثم ذكر المسئلة المارّة فقال ولا تجب

لكن أجاب سعدى بأنه لما كان الفاسد يعمّ الباطل مجازا كما مرّ حقق اخراجه بذلك فتنبه (ولم ينهه) البائع عنه ولم يكن فيه خيار شرط (ملكه) الا فى ثلاث فى بيع الهازل وفى شراء الاب من ماله لطفله أو بيعه له كذلك فاسدا لا يملكه حتى يستعمله والمقبوض فى يد المشترى أمانة لا يملكه به واذا ملكه تثبت كل أحكام الملك الا خمسة لا يحل له أكله ولا لبسه ولا وطؤها ولا ان يتزوّجها منه البائع ولا شفعة لجاره لو عقارا اشباه وفى الجوهرة وشرح المجمع ولا شفعة بها فهى سادسة

فيها شفعة للشفيع اه وفي الزيلعي والبحر وجامع الفصولين لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار أخذها المشتري بالشفعة اه نعم في شرح المجمع لو اشترى دارا لا تجوز الشفعة بها اه ويجب أن تكون الباء بمعنى في ليوافق كلام غيره ولا يمكن تأويل كلام الشارح بذلك لانه يصير عين المسئلة التي قبلها (قوله بمثله ان مثليا) وان انقطع المثل فبقيمته يوم الخصومة كما أفتى به الرملي وعليه المتون في كتاب الغصب (قوله والا فبقيمته يستثنى من ذلك العبد المبيع بشرط ان يعتقه المشتري فانه اذا اعتقه بعد القبض يلزمه الثمن كما قدمه الشارح (قوله يعني ان بعد هلاكه الخ) تقييد لضمانه بالمثل او بالقيمة لانه اذا كان قائما بحاله كان الواجب رد عينه (قوله او تعذر رده) عطف عام على خاص لان تعذر الرد يكون بالهلاك وبتصرف قولي او حسي مما يأتي (قوله يوم قبضه) متعلق بقيمته وقال محمد قيمته يوم أتلفه لانه بالاتلاف يتقرر بحر عن الكافي (قوله لان به) أي بالقبض والاولى لانه ط (قوله فلا تعتبر الخ) تفريع على اعتبار قيمته يوم القبض لا يوم الاتلاف اى لو زادت قيمته في يده فأتلفه لم تعتبر الزيادة كالغصب (قوله والقول فيها) أي في القيمة منح وفي البحر والجوهرة فيهما بضمير التثنية أي في المثل والقيمة (قوله للمشتري) أي مع يمينه والبينة للبائع بحر (قوله لانكاره الزيادة) أي الزيادة في المثل او القيمة التي يدعيها البائع (قوله ويجب على كل واحد الخ) عدل عن قول الكنز والهداية ولكل منهما فسخه لان اللام تفيد التخيير مع ان الفسخ واجب وان اجيب بأن اللام مثلها في وان أسأتم فلها وأن المراد بيان ان لكل منهما ولاية الفسخ رفعا لتوهم انه اذا ملك بالقبض لزم لان الآية تقتضي كون اللام بمعنى على بخلافه هنا ولان كون المراد بيان الولاية المذكورة يلزم منه ترك بيان الوجوب مع انه مراد أيضا والتصريح بالوجوب يدل على المرادين فكان اولى (قوله فسخه) أي فسخ البيع الفاسد قلت وهذا في غير بيع المكره فانهم صرحوا بأنه فاسد وبأنه مخير بين الفسخ والامضاء نعم يظهر الوجوب في جانب المكره بالكسر (قوله قبل القبض او بعده) لكن ان كان قبله فلكل الفسخ بعلم صاحبه لا برضاه وان كان بعده فان كان الفساد في صلب العقد بأن كان راجعا الى البدلين المبيع والثمن كبيع درهم بدرهمين وكالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك وان كان بشرط زائد كالبيع الى اجل مجهول او بشرط فيه نفع لاحدهما فكذلك عندهما لعدم اللزوم وعند محمد لمن له منفعة الشرط واقتصر في الهداية على قول محمد ولم يذكر خلافا بحر وأفاد أن من عليه منفعة الشرط يفسخ بالقضاء او الرضاء على ما قال محمد قهستاني (قوله ويكون امتناعا عنه) أي عن الفساد قال في الهداية وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه اه فقوله منه يحتمل عوده على الفساد أو على حكم البيع وهو الملك تأمل (قوله مادام المبيع بحاله) متعلق بقوله وعلى كل واحد منهما فسخه واحترز به عما اذا عرض عليه ما تعذر به رده مما يمنع الفسخ كما يأتي بيانه (قوله ولذا) أي لوجوب رفع المعصية والاولى عدم زيادة التعليل والاقتصار على عبارة المصنف ليصح التعليل بعده والا كان التعليل الثاني عين الاول الا ان يفرق بأن الثاني اعم من الاول تأمل (قوله واذا أصر أحدهما) عبارة المصنف في المنح أي البائع والمشتري وظاهره ان اصرا بضمير التثنية وهو الموافق لما في البزازية ولما قدمناه قريبا من ان لكل الفسخ بعلم الآخر لا برضاه فاصرار احدهما لا يحتاج معه الى فسخ القاضي (قوله وكل مبيع فاسد) وصف المبيع بالفساد لكونه محله (قوله كاعارة) وكوديعة ورهن بحر (قوله وغصب) فيه ان الكلام في رد المشتري والجواب ان المراد بالرد وقوعه في يد البائع كما افاده ما بعده ط (قوله ووقع في يد بائعه) الظاهر أن هذا شرط في الرد الحكمي كما في المسائل المذكورة اما لو رده عليه قصدا فلا لما في الخانية رده المشتري للفساد فلم يقبله فأعاده الى منزله فهلك لا يضمنه وقال بعضهم هذا لو الفساد متفقا عليه فلو مختلفا فيه ضمنه والصحيح انه يبرأ فيهما الا اذا وضع بين يديه فلم يقبله فذهب به الى منزله فانه يضمنه اه وذكر في البحر عن القنية ان الاشبه ما قاله بعضهم من التفصيل المذكور قلت لكن لا يخفى أن تصحيح قاضي خان مقدم لانه فقيه النفس والحاصل ان الرد صحيح مطلقا وان لم يقع في يد البائع لكون الرد قصديا لا ضمنيا وبه يخرج عن الضمان لانه فعل الواجب عليه لكن اذا وضعه بين يدي البائع حصل القبض أيضا بناء على ان التخلية قبض وهو ما مر تصحيحه عن قاضي خان أيضا فاذا ذهب به بلا اذنه صار غاصبا فيضمنه بخلاف ما اذا ذهب به قبل التخلية المذكورة لعدم حصول القبض من البائع فلم يصر غاصبا بالذهاب ولم يضمنه لوجود الرد الواجب عليه كما قلنا وبه ظهر ان المراد بوقوعه في يده وقوعه فيها حقيقة او حكما كالتخلية المذكورة

(بمثله ان مثليا والا فبقيمته) يعني ان بعد هلاكه او تعذر رده (يوم قبضه) لان به دخل في ضمانه فلا تعتبر زيادة قيمته كالمغصوب (والقول فيها للمشتري) لانكاره الزيادة (و) يجب (على كل واحد منهما فسخه قبل القبض) ويكون امتناعا عنه ابن ملك (او بعده مادام) المبيع بحاله جوهره (في يد المشتري) اعداما للفساد لانه معصية فيجب رفعها بحر (و) لذا (لا يشترط فيه قضاء قاض) لان الواجب شرعا لا يحتاج للقضاء درر (واذا أصر احدهما على امساكه وعلم به القاضي فله فسخه) جبرا عليهما حقا للشرع بزازية (وكل مبيع فاسد رده المشتري على بائعه بهبة او صدقة او بيع او بوجه من الوجوه) كاعارة واجارة وغصب (ووقع في يد بائعه فهو متاركة) للبيع (وبرئ المشتري من ضمانه) قنية

مطلب ردّ المشتري فاسدا الى بائعه فلم يقبله

والاصل ان المستحق بجهة اذا وصل الى المستحق بجهة آخرى اعتبر واصلا بجهة مستحقه ان وصل اليه من المستحق عليه والا فلا وتمامه فى جامع الفصولين (فان باعه) أى باع المشترى المشترى فاسدا (بيعا صحيحا باتا) فلو فاسدا أو بخيار لم يمتنع الفسخ (لغير بائعه) فلو منه كان نقضا للاول كما علمت (وفساده بغير الاكراه) فلو به ينقض كل تصرفات المشترى (أو وهبه وسلم) أو أعتقه) أو كاتبه أو استولدها ولو لم تحبل ردها مع عقرها اتفاقا سراج (بعد قبضه) فلو قبله لم يعتق بعتقه بل بعتق البائع بأمره وكذا لو أمره بطحن الحنطة او ذبح الشاة فيصير المشترى قابضا اقتضاء فقد ملك المأمور ما لا يملكه الآمر وما فى الخانية على خلاف هذا اما رواية او غلط من الكاتب كما بسطه العمادى (او وقفه) وقفا صحيحا لانه استهلكه حين وقفه وأخرجه عن ملكه وما فى جامع الفصولين على خلاف هذا غير صحيح كما بسطه المصنف

مطلب
يملك المأمور ما لا يملكه الآمر

وان هذا شرط فى الرد الحكمى لا القصدى كما علمته هذا ما ظهر لى فاغتنمه (قوله ان المستحق بجهة) كالرد للفساد هنا فانه مستحق للبائع على المشترى ومثله رد المغصوب على المغصوب منه (قوله بجهة أخرى) كالهبة ونحوها (قوله والا فلا) أى وان لم يصل من جهة المستحق عليه بل وصل من جهة غيره فلا يعتبر حتى ان المشترى فاسدا اذا وهب المشترى من غير بائعه او باعه لرجل فوهبه الرجل من البائع الاول وسلمه لا يبرأ المشترى عن قيمته ولم يعتبر العين واصلا الى البائع بالجهة المستحقة لما وصل من جهة اخرى جامع الفصولين (قوله فان باعه الخ) محترز قوله ما دام فى يد المشترى وقيد ببيع المشترى لان البائع لو باعه بعد قبض المشترى وادعى ان الثانى كان قبل فسخ الاول وقبضه وزعم المشترى الثانى انه كان بعد الفسخ والقبض من الاول فالقول له لا للبائع وينفسخ الاول بقبض الثانى بحر عن البزازية ومثله فى جامع الفصولين ولعل وجه انفساخ الاول ان المشترى الثانى نائب عن البائع فى القبض لوجوب التسليم عليه فصار كانه وقع فى يد البائع تأمل وأفاد أن البيع ثابت اما لو ادعى المشترى بيعه من فلان الغائب وبرهن لا يقبل وللبائع أخذه ولو صدقه فله القيمة كما فى جامع الفصولين (قوله لم يمتنع الفسخ) لان البيع فيهما ليس بلازم ولم يدخل المبيع فى ملك المشترى فى صورة الخيار ط (تنبيه) عبر فى الوقاية بقوله فان خرج عن ملك المشترى وهو أحسن من قول المصنف فان باعه لانه يستغنى به عما ذكره بعده (قوله كما علمت) من قول المصنف وكل مبيع فاسد ط (قوله وفساده) أى فساد البيع الاول (قوله ينقض كل تصرفات المشترى) أى التى يمكن نقضها بخلاف ما لا يمكن كالاعتاق فانه يتعين فيه أخذ القيمة من المكره بالكسر فافهم (قوله وسلم) قال فى البحر شرط فى الهداية التسليم فى الهبة لانها لا تفيد الملك الا به بخلاف البيع (قوله او استولدها) أفاد انه لا يلزمه مع القيمة العقر وقيل عليه عقرها أيضا جامع الفصولين قال ط وظاهره أى ظاهر ما فى المتن ان المراد استيلاد حادث فلو كانت زوجته اولا واستولدها ثم اشتراها فاسدا وقبضها هل يكون كذلك لملكه اياها فليحرر اه قلت الظاهر بقاء الفسخ لانه حق الشرع ولم يعرض عليه تصرف حادث يمنعه (تنبيه) نقل فى النهر عن السراج ان التدبير كالاستيلاد ومثله فى القهستانى ولم يره فى البحر منقولا فذكره بحثا (قوله بعد قبضه) الاولى ذكره آخر المسائل ط (قوله فلو قبله لم يعتق بعتقه) تخصيصه التفريع على العتق يوهم ان قوله بعد قبضه متعلق بقوله او أعتقه فقط وليس كذلك فكان الاظهر أن يقول فلو قبله لم تنفذ تصرفاته المذكورة الا اذا اعتقه البائع بأمر المشترى (قوله وكذا لو أمره الخ) وفى جامع الفصولين ولو بر الخلطه البائع بطعام المشترى بأمره قبل قبضه صار قابضا وعليه مثله بحر (قوله فيصير المشترى قابضا اقتضاء) الاقتضاء ما يقدر لتصحيح الكلام كاعتق عبدك عنى بألف فانه يقتضى سبق البيع ليصح العتق عن الآمر وهنا كذلك فان صحة تصرف البائع عن المشترى تقتضى ان يقدر القبض سابقا عليه ولهذا قال فى المنح عن الفصول العمادية وانما كان كذلك لانه لما امر البائع بالعتق فقد طلب ان يسلطه على القبض واذا اعتق البائع بأمره صار المشترى قابضا قبضا سابقا عليه اه فافهم (قوله ما لا يملكه الآمر) فان الآمر وهو المشترى لا يصح اعتاقه بنفسه ولا يجوز له الطحن والذبح لكن الظاهر ان المأمور وهو البائع فى مسألة الطحن والذبح لا يجوز له أيضا لان الواجب عليه الفسخ رفعا للمعصية كما مر وفى فعله ذلك تقريرها فقد استوى الآمر والمأمور فى ذلك ولذلك ذكر فى البحر مسألة الآمر بالعتق فقط ثم قال وهذه عجيبة حيث ملك المأمور ما لم يملك الآمر اه والظاهر أن البائع يأثم بالعتق أيضا لما قلنا ولكن الذى ملكه هو دون الآمر انما هو نفاذ العتق مع قطع النظر عن الاثم وعدمه كما فى باقى تصرفات المشترى بعد القبض هذا ما ظهر لى فتدبره (تنبيه) لهذه المسألة نظير يملك المأمور فيه ما لا يملكه الآمر وهو ما مر فى قول المتن او أمر المسلم ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما ذميا وأمر المحرم غيره ببيع صيده (قوله وما فى الخانية الخ) أى حيث جعل العتق عن البائع والدقيق والشاة له أيضا ومثله فى البزازية أيضا (قوله كما بسطه العمادى) وأقره فى جامع الفصولين (قوله وقفا صحيحا) فلو فاسدا كأن اشترط فيه بيعه عند الحاجة لا يمنع الفسخ ط (قوله وأخرجه عن ملكه) عطف لازم على قوله وقفه (قوله وما فى جامع الفصولين) حيث قال ولو وقفه او جعله مسجدا لا يبطل حق الفسخ ما لم يبن اهـ ح أى فالمانع من الفسخ هو البناء (قوله غير صحيح) حمله فى النهر على احدى روايتين وهو أولى من التغليط ح وحمله فى البحر على ما اذا لم يقض به اما اذا قضى به فانه يرتفع الفساد للزومه قلت لكن المسجد يلزم بدون القضاء

(اورهنه اوأوصى) أوتصدق (به نفذ) البيع الفاسد فى جميع مامرّ وامتنع الفسخ لتعلق حق العبد به الافى اربع مذكورة فى الاشباه وكذا كل تصرف قولىّ غيراجارة ونكاح وهل يبطل نكاح الامة بالفسخ المختار نعم ولوالجية ومتى زال المانع كرجوع هبة وعجز مكاتب وفك رهن

اتفاقا فافهم (قوله اورهنه) أى وسلمه لان الرهن لايلزم بدونه (قوله اوأوصى به) أى ثم مات لانه ينتقل من ملكه الى ملك الموصى له وهو ملك مبتدأ فصاركالوباعه منح (قوله اوتصدق به) أى وسلمه لانه لايخرج عن ملك المتصدق بدون تسليم (قوله نفذ البيع الفاسد) أى لزم والافالاصل ان النافذ ماقابل الموقوف واللازم مالاخيارفيه وهذافيه خيارالفساد وبهذه التصرفات لزم تأمل ثم ان الشارح تبع المصنف حيث جعل فاعل نفذ هو البيع الفاسد والمفهوم من الهداية ان الفاعل ضمير يعود الى ماذكر من التصرفات وقال فى الفتح فاذا اعتقه اوباعه اووهبه وسلمه فهوجائز وعليه القيمة لماذكرنا من انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته فيه وانما وجبت القيمة لانه انقطع حق الاسترداد لتعلق حق العبد به والاسترداد حق الشرع وحق العبد مقدم لفقره فقد فوّت المكنة بتأخير التوبة اه ملخصا أى ان الواجب عليه كان هو التوبة بالفسخ والاسترداد وبتأخيره الى وجود هذه التصرفات التى تعلق بها حق عبد يكون قد فوّت مكنته من الاسترداد فتعين لزوم القيمة ومقتضاه ان المعصية تقررت عليه فلايخرج عن عهدتها الابالتوبة وان الفسخ قبل هذه التصرفات توبة كمايشير اليه قول الشارح رفعا للمعصية (قوله الافى اربع الخ) عبارة الاشباه العقد الفاسد اذاتعلق به حق عبد لزم وارتفع الفساد الافى مسائل أجرفاسدا فأجر المستأجر صحيحا فللاول نقضها المشترى من المكره لوباع صحيحا فللمكره نقضه المشترى فاسدا اذا أجر فللبائع نقضه وكذا اذا زوّج اه وانت خبيربأن كلام المتن فى تصرف المشترى فاسدا فلا يصح استثناء الاولى لعدم دخولها وكذا الثانية لاحترازالمتن عنها والصورة الثالثه والرابعة ذكرهما الشارح حيث قال غيراجارة ونكاح اه ح قلت والضمير فى نقضه للعقد الاول بقرينة الاستثناء وعليه فقوله وكذا اذا زوج أى يكون للبائع نقض البيع لا التزويج فلا ينافى ماياتى تحريره (قوله وكذا كل تصرف قولىّ) عطف على قوله فى جميع مامرّ وأراد به نحو التدبير ومالوجعله مهرا أوبدل صلح اواجارة اوغيرذلك ممايخرجه عن ملكه كماتفيده عبارة النقاية التى نقلناها عند قوله فان باعه (قوله غيراجارة ونكاح) أى فلا يمنعان الفسخ لان الاجارة تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من الاعذار والنكاح ليس فيه اخراج عن الملك بحر (قوله وهل يبطل نكاح الامة) لماذكر أن النكاح لايمنع البائع من فسخ البيع اراد أن يبين انه هل ينفسخ النكاح الذى عقده المشترى كماتنفسخ الاجارة ام لا (قوله المختارنعم ولوالجية) مخالف لماصرح به فى الفتح من عدم الانفساخ وكذا فى الزيلعى وغاية البيان عن التحفة وقال فى المجتبى الا الاجارة وتزويج الامة لكن الاجارة تنفسخ بالاسترداد دون النكاح وفى التتارخانية عن نوادر ابن سماعة لوفسخ البيع للفساد وأخذ البائع الجارية مع نقصان التزويج ثم طلقها الزوج قبل الدخول ردّ البائع على المشترى ماأخذه من النقصان وفى السراج لاينفسخ النكاح لانه لايفسخ بالاعذار وقد عقده المشترى وهى على ملكه وقد نقل فى البحر عبارة السراج ثم قال ويشكل عليه ماذكره الولوالجى فى الفصل الاول من كتاب النكاح لوزوّج الجارية المبيعة قبل قبضها وانتقض البيع فان النكاح يبطل فى قول ابى يوسف وهو المختار لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل معنى فصار كانه لم يكن فكان النكاح باطلا اه الاان يحمل مافى السراج على قول محمد أويظهر بينهما فرق اه مافى البحر وتبعه فى النهر والمنح وكتبت فيما علقته على البحر أن الفرق موجود لان كلام الولوالجى فيما قبل القبض وكلام السراج فيما بعد القبض المفيد للملك ثم رأيت ط نبه على ذلك الفرق وكذلك نبه عليه الخير الرملى فى حاشية المنح حيث قال العجب من ذلك مع ان مافى السراج فيما عقد بعد القبض ومافى الولوالجية قبل القبض كماهو صريح كل من العبارتين فكيف يستشكل بأحداهما على الاخرى ولئن كان كلام السراج فى البيع الفاسد وكلام الولوالجى فى مطلق البيع فقد تقرّر أن فاسد البيع كجائزه فى الاحكام فتأمل اه قلت ويكفينا ماأسمعناك نقله عن كتب المذهب على ان الظاهر أن كلام الولوالجية لايمكن حمله على مطلق البيع بل مراده البيع الفاسد لان البيع الصحيح صورة اما ان ينتقض بالاستحقاق اوبالخيار أوبهلاك المبيع قبل قبضه ولافرق فى الاولين بين ماقبل القبض ومابعده لعدم الملك اصلا فتخصيصه الحكم بماقبل القبض دليل على انه اراد البيع الفاسد فاذا زوجها المشترى قبل القبض ثم فسخ العقد يظهر بطلان النكاح لكونه قبل الملك بخلاف مااذازوجها بعده لانه زوجها وهى فى ملكه فلا ينفسخ النكاح بفسخ البيع واما اذا ماتت الجارية قبل قبضها فى يد البائع فقد صرح فى متفرقات بيوع البحر عن الفتح بأنه لايبطل النكاح وان بطل البيع (قوله كرجوع هبة) أى رجوع

واهب في هبته بقضاء اوبدونه كما في البحر عن الفتح (قوله عاد حق الفسخ) لان هذه العقود لم توجب الفسخ من كل وجه في حق الكل . فصولين وكذا لو فسخ البيع بعيب بعد قبضه بقضاء فللبائع حق الفسخ لو لم يقض بقيمته لزوال المانع ولو رد بعيب بلا قضاء لا يعود حق الفسخ كما لو اشتراه ثانيا بحر لان رده بلا قضاء عقد جديد في حق ثالث (قوله لا بعده) أي لو زال المانع بعد القضاء بالقيمة على المشتري لا يعود حق الفسخ لان القاضي ابطل حق البائع في العين ونقله الى القيمة باذن الشرع فلا يعود حقه الى العين وان ارتفع السبب كما لو قضى على الغاصب بقيمة المغصوب بسبب الاباق ثم عاد العبد ذخيرة ومراده بالقيمة ما يعم المثل (قوله بموت احدهما) وكذا بالاجارة والرهن كما علمته (قوله حتى يرد ثمنه) أي ماقبضه البائع من ثمن اوقيمة كما في الفتح (قوله المنقود) لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن فتح والمراد بالمنقود المقبوض احترازا عن الدين (قوله بخلاف مالو شرى) أي بخلاف غير المنقود كما لو شرى الخ (قوله كاجارة ورهن) أي فاسدين اهـ ح وقوله وعقد صحيح قيل صوابه بخلاف عقد صحيح لما في النهر أما اذا لم يكن الثمن منقودا كما اذا اشترى من مديونه عبدا بدين سابق شراء فاسدا وقبضه بالاذن فأراد البائع أخذه بحكم الفساد ليس للمشتري حبسه لاستيفاء ماله عليه من الدين والاجارة الفاسدة وكذا الرهن الفاسد على هذا بخلاف ما اذا كان العقد صحيحا في الابواب الثلاثة . اهـ قلت هذا بناء على مافهمه المعترض وهو غير متعين لانه يمكن حمل كلام الشارح على وجه صحيح وهو أن قوله كاجارة ورهن راجع لاصل المسألة وهو قوله لا يأخذه حتى يرد الثمن المنقود فيكون المراد ما اذا كان بدل الاجارة والرهن منقودين قال في البحر وأشار المؤلف الى انه لو استأجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة اوارتهن رهنا فاسدا أو أقرض قرضا فاسدا وأخذ به رهنا كان له ان يحبس ما استأجر وما ارتهن حتى يقبض مانقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا اهـ ونحوه في الفتح وعليه فقوله وعقد صحيح قصد بذكره ان هذه العقود مثله اذا كان البدل فيها منقودا فانه اذا كان منقودا لافرق بين العقد الصحيح والفاسد في ثبوت حق الحبس بعد الفسخ في الكل بل الفرق بينهما في غير المنقود قال في جامع الفصولين برمز الخانيه شرى من مديونه فاسدا ففسخ ليس له حبس المبيع لاستيفاء دينه وكذا لو آجر من دائنه اجارة فاسدة ولو كان عقد البيع او الاجارة جائزا فله الحبس لدينه اهـ فأفاد أن له الحبس في العقد الجائز اذا كان البدل غير دين بالاولى فافهم (قوله والفرق في الكافي) أي الفرق بين الفاسد والصحيح اذا كان البدل غير منقود حيث يملك الحبس في الصحيح دون الفاسد هو ماذكره في كافي النسفي وحاصله انه لما وجب للمديون على المشتري مثل الدين صار الثمن قصاصا لاستوائهما قدرا ووصفا فاعتبر بما لو استوفيا حقيقة فكان له حق الحبس وفي الفساد لم يملك الثمن بل تجب قيمة المبيع عند القبض وهي قبله غير مقررة لاحتمالها السقوط بالفسخ ودين المشتري مقرر والمقاصة انما تكون عند الاستواء وصفا فلم يكن له حق الحبس اهـ (قوله فان مات احدهما) عبارة العيني والزيلعي فان مات البائع وهي انسب لقول المصنف فالمشتري احق (قوله والمستقرض) بأن استقرض قرضا فاسدا وأعطى به رهنا بحر (قوله فاسدا) حال من الكل وفيه وصف العاقد بصفة عقده مجازا لانه محله (قوله بعد الفسخ) نص على المتوهم فان الحكم كذلك قبل الفسخ بالاولى ط (قوله فالمشتري ونحوه) أي المستأجر والمقرض والمرتهن وحاصله ان الحي الذي بيده عين المبيع او المستأجر او الرهن احق بما في يده من العين من غرماء الاخر الميت حتى يقبض ما نقد قال في الفتح لانه مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته الا ان الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما اعطى فما فضل فللغرماء اهـ قال الرحمتي لكن سيأتي في كتاب الاجارة ان الراهن فاسدا اسوة الغرماء وسيأتي آخر الرهن مثل ماهنا ووفقنا بأن ماهنا وما يأتي في الرهن اذا كان الرهن سابقا على الدين وما في الاجارة اذا كان الدين متقدما على الرهن اهـ وسيأتي توضيحه في آخر الرهن ان شاء الله تعالى (تنبيه) لم يذكر ما اذا مات المشتري فاسدا وفي الخلاصة والبزازية ولو مات المشتري فالبائع احق من سائر الغرماء بماليته فان زاد شئ فهو للغرماء اهـ ومعناه انه لو اشترى عبدا فاسدا وتقابضا ثم مات المشتري وعليه ديون وفسخ البائع البيع مع الورثة فالبائع أحق بمالية العبد وهي ماقبضه من المشتري حتى يسترد العبد المبيع كما لو مات البائع فان كانت قيمة العبد اكثر مما قبض فالزائد للغرماء هذا ماظهر لي فتأمله (قوله بل قبل تجهيزه) أي تجهيز البائع أو المؤجر

عاد حق الفسخ لو قبل القضاء بالقيمة لا بعده (ولا يبطل حق الفسخ بموت احدهما) فيخلفه الوارث به يفتى (و) بعد الفسخ (لا يأخذه) بائعه (حتى يرد ثمنه) المنقود بخلاف مالو شرى من مديونه بدينه شراء فاسدا فليس للمشتري حبسه لاستيفاء دينه كاجارة ورهن وعقد صحيح والفرق في الكافي (فان مات) احدهما او المؤجر او المستقرض او الراهن فاسدا عيني وزيلعي بعد الفسخ (فالمشتري) ونحوه (احق به) من سائر الغرماء بل قبل تجهيزه فله حق حبسه حتى يأخذ ماله (فيأخذ) المشتري (دراهم الثمن بعينها لو قائمة

وما

وما بعده بمعنى انه لو مات وكان المبيع ثوبا مثلا احتيج لتكفينه به فللمشترى حبسه حتى يأخذ ماله قال ط والاولى أن يقول بل من تجهيزه (قوله بناء على تعين الدراهم) المراد بها ما يشمل الدنانير وفى الاشباه النقد لا يتعين فى المعاوضات وفى تعيينه فى العقد الفاسد روايتان ورجح بعضهم تفصيلا بأن ما فسد من أصله أى كما لو ظهر المبيع حرا أو أم ولد يتعين فيه لا فيما انتقض بعد صحته أى كما لو هلك المبيع قبل التسليم والصحيح تعينه فى الصرف بعد فساده وبعد هلاك المبيع وفى الدين المشترك فيؤمر برد نصف ما قبض على شريكه وفيما اذا تبين بطلان القضاء فلو ادعى على آخر مالا وأخذه ثم أقر أنه لم يكن له على خصمه حق فعلى المدعى رد عين ما قبض ما دام قائما ولا يتعين فى المهر ولو بعد الطلاق قبل الدخول فترد مثل نصفه ولذا لزم مهر كما لو نصابا حولا عندها ولا فى النذر والوكالة قبل التسليم وأما بعده فالعامة كذلك وتتعين فى الامانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب وتمامه فى جامع الفصولين اهـ (قول المصنف وطاب للبائع ما ربح لا للمشترى) صورة المسألة ما ذكره محمد فى الجامع الصغير رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بألف درهم وتقابضا وربح كل منهما فيما قبض يتصدق الذى قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذى قبض الدراهم اهـ وقول الشارح وانما طاب الخ أورده فى صورة جواب عما استشكله صدر الشريعة وصاحب العناية والفتح والدرر والبحر والمنح وغيرهم من أن المذكور فى المتون من أن الربح يطيب للبائع فى الثمن النقد هو الموافق للرواية المنصوصة فى الجامع الصغير وهو صريح فى أن الدراهم لا تتعين فى البيع الفاسد فيناقض قولهم ان تعينها فيه هو الاصح فانه يقتضى أن الاصح انه لا يطيب الربح للبائع فيما قبض وقد أجاب العلامة سعدى جلبى فى حاشية العناية بما أشار اليه الشارح وهو أنه يطيب على كل من القولين لأن عدم التعيين انما هو فى العقد الثانى الصحيح لا فى العقد الاول الفاسد اهـ وبيانه انه اذا باع فاسدا وقبض دراهم الثمن ثم فسخ العقد يجب رد تلك الدراهم بعينها على المشترى لان الاصح تعينها فى البيع الفاسد فلو اشترى بها عبدا مثلا شراء صحيحا طاب له ما ربح لانها لا تتعين فى هذا العقد الثانى لكونه عقدا صحيحا حتى لو أشار اليها وقت العقد له دفع غيرها فعدم تعينها فى هذا العقد الصحيح لا ينافى كون الاصح تعينها فى العقد الفاسد وقد أجاب العلامة الخير الرملى بمثل ما أجاب العلامة سعدى قبل اطلاعه عليه وقال انى فى عجب عجيب من فهم هؤلاء الاجلاء التناقض من مثل هذا مع ظهوره (قوله لا على الرواية الصحيحة) أى القائلة بعدم تعين الدراهم فى العقد الفاسد اهـ ح (قوله فى بيع يتعين بالتعيين) أراد بالبيع المبيع وأشار بقوله يتعين بالتعيين كالعبد مثلا الى وجه الفرق بين طيب الربح للبائع لا للمشترى وهو أن ما يتعين بالتعيين يتعلق العقد به فتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين فى عقود المعاوضة فلم يتعلق العقد الثانى بعينه فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق كما فى الهداية وانما لم يتعين النقد لان ثمن المبيع يثبت فى الذمة بخلاف نفس المبيع لان العقد يتعلق بعينه ومفاد هذا الفرق انه لو كان بيع مقايضة لا يطيب الربح لهما لان كلا من البدلين مبيع من وجه ولو كان عقد صرف يطيب لهما لكن قدمنا آنفا عن الاشباه أن الصحيح تعينه فى الصرف بعد فساده وفى شرح البيرى عن الخلاطى انه الصحيح المذكور فى عامة الروايات اهـ فافهم (قوله بأن باعه بأزيد) تصوير لظهور الربح فلا يطيب له ذلك الزائد عما اشترى به وأفاد أن ذلك فى أول عقد وأما اذا أخذ الثمن واتجر وربح بعده أيضا يطيب له لعدم التعين فى العقد الثانى كما نبه عليه ط وهو ظاهر مما مر (قوله كما طاب الخ) صورته ما فى الجامع الصغير أيضا لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا على انه لم يكن له عليه شئ وقد ربح المدعى فى الدراهم التى قبضها على انها دينه يطيب له الربح لان الدين وجب بالاقرار عند الدعوى ثم استحق بالتصادق وكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا بدليل أن من اشترى عبدا بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق اذ لا عتق فى غير الملك وتمامه فى الفتح (قوله لان بدل المستحق مملوكا) كذا فيما رأيته فى عدة نسخ بنصب مملوكا وهو كذلك فى بعض نسخ النهر وفى بعضها بالرفع وهو الصواب على اللغة المشهورة فى رفع خبر ان (قوله فيما يتعين) كالعروض لا فيما لا يتعين كالنقود ومر بيانه (قوله كالغصب وكالوديعة فاذا تصرف الغاصب أو المودع فى العرض أو النقد يتصدق بالربح لتعلق العقد بمال غيره وتمامه فى الدرر (قوله وقال الكمال الخ) تقييد لما فى المتن (قوله لا يملكه أصلا) لانه متيقن انه لا ملك له فيه

مطلب
فى تعين الدراهم فى العقد الفاسد

ومثلها الوهالكة) بناء على تعين الدراهم فى البيع الفاسد وهو الاصح (و) انما (طاب للبائع ما ربح) فى الثمن لا على الرواية الصحيحة المقابلة للاصح بل على الاصح أيضا لان الثمن فى العقد الثانى غير متعين ولا يضر تعيينه فى الاول كما أفاده سعدى (لا) يطيب (للمشترى) ما ربح فى بيع يتعين بالتعيين بأن باعه بأزيد لتعلق العقد بعينه فتمكن الخبث فى الربح فيتصدق به (كما طاب ربح مال ادعاه) على آخر فصدقه على ذلك (فقضى له) اى أوفاه اياه (ثم ظهر عدمه بتصادقهما) انه لم يكن عليه شئ لان بدل المستحق مملوكا ملكا فاسدا والخبث لفساد الملك انما يعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين وأما الخبث لعدم الملك كالغصب فيعمل فيهما كما بسطه خسرو وابن الكمال وقال الكمال لو تعمد الكذب فى دعواه الدين لا يملكه اصلا

وقوّاه فى النهر وفيه الحرام ينتقل فلو دخل بامان وأخذ مال حربى بلا رضاه وأخرجه الينا ملكه وصح بيعه لكن لا يطيب له ولا للمشترى منه بخلاف البيع الفاسد فانه لا يطيب له لفساد عقده ويطيب للمشترى منه لصحة عقده وفى حظر الاشباه الحرمة تتعدد مع العلم بها الا فى حق الوارث وقيده فى الظهيرية بأن لا يعلم أرباب الاموال وسنحققه ثمة (بنى أو غرس فيما اشتراه فاسدا)

مطلب البيع الفاسد لا يطيب له ويطيب للمشترى منه

مطلب الحرمة تتعدد

مطلب فيمن ورث مالا حراما

فتح أى فلا يطيب له ما ربح مطلقا سواء تعين أولا (قوله وقوّاه فى النهر) بتصريحهم فى الاقرار بأن المقرّ له اذا كان يعلم أن المقرّ كاذب فى اقراره لا يحلّ له أخذه عن كره منه أمّا لو اشتبه الامر عليه حلّ له الاخذ عند محمد خلافا لابى يوسف وحينئذ لا يطيب له ربحه ويحمل الكلام ههنا على ما اذا ظنّ أنّ عليه دينا بالارث من أبيه ثم تبين أنّ وكيله أوفاه لأبيه فتصادقا على أن لا دين فحينئذ يطيب له وهذا فقه حسن فتدبره اهـ ونقله عنه الرملىّ وأقرّه وبه اندفع ما فى البحر من أنّ ظاهر اطلاقهم خلاف ما فى الفتح (قوله الحرام ينتقل) أى تنتقل حرمته وان تداولته الايدى وتبدلت الاملاك ويأتى تمامه قريبا (قوله ولا للمشترى منه) فيكون بشرائه منه مسيئا لانه ملكه بكسب خبيث وفى شرائه تقرير للخبث ويؤمر بما كان يؤمر به البائع من ردّه على الحربىّ لانّ وجوب الردّ على البائع انما كان لمراعاة ملك الحربىّ ولاجل غدر الامان وهذا المعنى قائم فى ملك المشترى كما فى ملك البائع الذى أخرجه بخلاف المشترى شراء فاسدا اذا باعه من غيره بيعا صحيحا فان الثانى لا يؤمر بالردّ وان كان البائع مأمورا به لان الموجب للردّ قد زال ببيعه لان وجوب الردّ بفساد البيع حكمه مقصور على ملك المشترى وقد زال ملكه بالبيع من غيره كذا فى شرح السير الكبير للسرخسىّ من الباب الخامس بعد المائة (قوله ويطيب للمشترى منه لصحة عقده) فيه أنّ عقد المشترى فى المسألة الاولى صحيح أيضا وقد ذكر هذا الحكم فى البحر معزيا للاسبيجابىّ بدون هذا التعليل فكان المناسب اسقاطه ثم اعلم انه ذكر فى شرح السير الكبير فى الباب الثانى والستين بعد المائة انه ان لم يردّه يكره للمسلمين شراؤه منه لانه ملك خبيث بمنزلة المشترى فاسدا اذا أراد بيع المشترى بعد القبض يكره شراؤه منه وان نفذ فيه بيعه وعتقه لانه ملك حصل له بسبب حرام شرعا اهـ فهذا مخالف لقوله ويطيب للمشترى وقد يجاب بأن ما أخرجه من دار الحرب لما وجب على المشترى ردّه على الحربىّ لبقاء المعنى الموجب على البائع ردّه تمكن الخبث فيه فلم يطب للمشترى أيضا كالبائع بخلاف البيع الفاسد فان ردّه واجب على البائع قبل البيع لا على المشترى لعدم بقاء المعنى الموجب للردّ كما قدّمناه فلم يتمكن الخبث فيه فلذا طاب للمشترى وهذا لا ينافى أن نفس الشراء مكروه لحصوله للبائع بسبب حرام ولان فيه اعراضا عن الفسخ الواجب هذا ما ظهر لى (قوله الحرمة تتعدد الخ) نقل الحموىّ عن سيدى عبد الوهاب الشعرانى انه قال فى كتابه المنن وما نقل عن بعض الحنفية من أن الحرام لا يتعدّى ذمتين سألت عنه الشهاب بن الشلبىّ فقال هو محمول على ما اذا لم يعلم بذلك أما لو رأى المكاس مثلا يأخذ من أحد شيأ من المكس ثم يعطيه آخر ثم يأخذه من ذلك الآخر آخر فهو حرام اهـ (قوله الا فى حق الوارث الخ) أى فانه اذا علم أن كسب مورثه حرام يحلّ له لكن اذا علم المالك بعينه فلا شك فى حرمته ووجوب ردّه عليه وهذا معنى قوله وقيده فى الظهيرية الخ وفى منية المفتى مات رجل ويعلم الوارث أنّ اباه كان يكسب من حيث لا يحلّ ولكن لا يعلم الطالب بعينه ليردّ عليه حلّ له الارث والافضل أن يتورّع ويتصدّق بنية خصماء أبيه اهـ وكذا لا يحلّ اذا علم عين الغصب مثلا وان لم يعلم مالكه لما فى البزازية أخذ مورّثه رشوة أو ظلما ان علم ذلك بعينه لا يحلّ له أخذه والا فله أخذه حكما أمّا فى الديانة فيتصدّق به بنية ارضاء الخصماء اهـ والحاصل انه ان علم أرباب الاموال وجب ردّه عليهم والا فان علم عين الحرام لا يحلّ له ويتصدّق به بنية صاحبه وان كان مالا مختلطا مجتمعا من الحرام ولا يعلم أربابه ولا شيأ منه بعينه حلّ له حكما والاحسن ديانة التنزه عنه ففى الذخيرة سئل الفقيه أبو جعفر عمن اكتسب ماله من امراء السلطان ومن الغرامات المحرّمات وغير ذلك هل يحلّ لمن عرف ذلك أن يأكل من طعامه قال احبّ الىّ فى دينه أن لا يأكل ويسعه حكما ان لم يكن ذلك الطعام غصبا أو رشوة وفى الخانية امرأة زوجها فى أرض الجوران أكلت من طعامه ولم يكن عين ذلك الطعام غصبا فهى فى سعة من أكله وكذا لو اشترى طعاما أو كسوة من مال أصله ليس بطيب فهى فى سعة من تناوله والاثم على الزوج اهـ (قوله وسنحققه ثمة) أى فى كتاب الحظر والاباحة قال هناك بعد ذكره ما هنا لكن فى المجتبى مات وكسبه حرام فالميراث حلال ثم رمز وقال لا نأخذ بهذه الرواية وهو حرام مطلقا على الورثة فتنبه اهـ ح ومفاده الحرمة وان لم يعلم أربابه وينبغى تقييده بما اذا كان عين الحرام ليوافق ما نقلناه اذ لو اختلط بحيث لا يتميز يملكه ملكا خبيثا لكن لا يحلّ له التصرّف فيه ما لم يؤدّ بدله كما حققناه قبيل باب زكاة المال فتأمل (قوله بنى أو غرس فيما اشتراه فاسدا) وكذا لو شرى فاسدا قضبان نخل فغرسه وأطعم وان شراه مطعما فغرسه فكذلك عنده وعند الثانى يقلعه ان لم يضرّ الارض ذخيرة

شروع فيما يقطع حق الاسترداد من الافعال الحسية بعد الفراغ من القولية (لزمه قيمتهما) وامتنع الفسخ وقالا ينقضهما ويرد المبيع ورجحه الكمال وتعقبه في النهر لهما بتسليط البائع وكذا كل زيادة متصلة غير متولدة كصبغ وخياطة وطحن حنطة ولت سويق وغزل قطن وجارية علقت منه فلو منفصلة كولد أو متولدة كسمن فله الفسخ ويضمنها باستهلاكها سوى منفصلة غير متولدة جوهرة وفي جامع الفصولين لو نقص في يد المشتري بفعل المشتري أو المبيع أو بآفة سماوية أخذه البائع مع الارش ولو بفعل البائع صار مستردا ولو بفعل أجنبي خير البائع (وكره) تحريما مع الصحة (البيع

(قوله لزمه قيمتهما) أى قيمة الدار والارض منح والاولى افراد الضمير لان العطف بأو وعلله الكرخي في مختصره بأن البناء استهلاك عند الامام أى ومثله الغرس لان البناء والغرس يقصد بهما الدوام وقد حصلا بتسليط من البائع فينقطع بهما حق الاسترداد كالبيع (قوله ورجحه) حيث قال وقولهما أوجه وكون البناء يقصد للدوام يمنع للاتفاق في الاجارة على ايجاب القلع فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا فان قال ان المستأجر يعلم انه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على انه لم يرد البقاء قلنا المشتري فاسدا أيضا يكلف القلع عندنا اهـ (قوله وتعقبه في النهر الخ) حيث قال أقول البناء الحاصل بتسليط البائع انما يقصد به الدوام بخلاف الاجارة وبهذا عرف أن محط الاستدلال انما هو التسليط من البائع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد اهـ قلت وفيه أن المؤجر أيضا سلط المستأجر على الانتفاع بارضه والمستأجر يملك البناء فالاحسن الجواب بالفرق بين التسليطين بأن البائع سلطه على المبيع على وجه قد ينقطع به حق الاسترداد بأن يخرجه عن ملكه ببيع ونحوه أو بأن يفعل فيه ما يقصد به الدوام لجواز أن لا يطلب البائع الفسخ قبله بخلاف المؤجر فانه انما سلطه في وقت خاص وأما كون الفسخ حقا للشرع فلا يبطل بتسليط البائع فينتقض بأنه قد يبطل باخراجه عن ملكه ببيع ونحوه وهو بتسليط البائع فكذا هنا تقديما لحق العبد لفقره وكون البيع ونحوه تعلق به حق الغير فيقدم وهنا تعلق به حق العاقد العاصي فلا يقدم قد يمنع بأن العاصي لم يبطل الشرع حقه كمن غصب حجرا وجعله اس حائطه يضمن قيمته ولا يكلف بنقض الحائط فافهم (قوله وكذا) أى ومثل البناء والغرس في امتناع الفسخ كل زيادة متصلة بالمبيع غير متولدة منه (قوله وجارية علقت منه) جعله من الزيادة الغير المتولدة نظرا لماء الرجل ط (قوله فلو منفصلة كولد الخ) أى بأن ولدت من غير المشتري وفي الجوهرة لو كانت الزيادة متصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة انقطع حق الفسخ وان كانت متولدة أى كالسمن لا تمنع الفسخ وكذا المنفصلة متولدة كالولد والعقر والارش ولو هلكت هذه الزوائد في يد المشتري لا يضمنها وان استهلكها ضمن وان هلك المبيع فقط فللبائع أخذها وأخذ قيمة المبيع يوم القبض وان كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والهبة فللبائع أخذ المبيع معها ولا تطيب له ويتصدق بها وان هلكت في يد المشتري لا يضمن وكذا لو استهلكها عنده وعندهما يضمن وان استهلك المبيع فقط ضمنه والزوائد له لتقرر ضمان الاصل اهـ ملخصا وبه علم أن الزيادة بأقسامها الاربع لا تمنع الفسخ الا المتصلة الغير المتولدة أما المتصلة المتولدة كالسمن والمنفصلة المتولدة كالولد والغير المتولدة كالكسب فانها لا تمنع الفسخ وانه يضمن المنفصلة المتولدة بالاستهلاك لا بالهلاك وكذا غير المتولدة عندهما لا عنده وهذا التقرير أيضا موافق لما في البحر عن جامع الفصولين (قوله سوى منفصلة غير متولدة) أى كالكسب وهذا استثناء من قوله ويضمنها باستهلاكها فان هذه لا تضمن بالاستهلاك عند الامام كما علمته (قوله لو نقص الخ) شروع في حكم نقصان المبيع فاسدا بعد بيان زيادته (قوله أخذه البائع مع الارش) أى ارش النقصان ويجبر على ذلك لو أراده المشتري لما في جامع الفصولين لو قطع ثوبا شراه فاسدا ولم يخطه حتى أودعه عند بائعه يضمن نقص القطع لا قيمته لوصوله الى ربه الا قدر نقصه فوقع عن الرد المستحق قال هذا التعليل اشارة الى أن المبيع فاسدا اذا انقص في يد المشتري لا يبطل حقه في الرد اذ لو بطل لما كان الرد مستحقا عليه اهـ فهو كما ترى ناطق بما قلنا رملي (تنبيه) لو زال العيب رجع المشتري على البائع بالارش الذي دفعه اليه كما لو ابيضت عين الجارية في يد المشتري فاسدا وردها مع نصف القيمة ثم ذهب البياض فعلى البائع رد الارش كما في التتارخانية ومثله ما قدمناه عنها فيما لو زوج المشتري الامة ثم فسخ البيع وأخذ البائع نقصان التزويج ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها رجع المشتري على البائع بما أخذ (قوله صار مستردا) حتى لو هلك عند المشتري ولم يوجد منه حبس عن البائع هلك على البائع جامع الفصولين (قوله خير البائع) ان شاء أخذه من المشتري وهو يرجع على الجاني وان شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري جامع الفصولين (قوله وكره تحريما مع الصحة) أشار الى وجه تأخير المكروه عن الفاسد مع اشتراكهما في حكم المنع الشرعي والاثم وذلك انه دونه من حيث صحته وعدم فساده لان النهي باعتبار معنى مجاور للبيع لا في صلبه ولا في شرائط صحته ومثل هذا النهي لا يوجب الفساد بل الكراهة كما في الدرر وفيها أيضا انه لا يجب فسخه ويملك المبيع قبل القبض ويجب الثمن لا القيمة اهـ لكن في النهر عن النهاية ان فسخه واجب على كل منهما أيضا صونا لهما عن المحظور وعليه مشى الشارح في آخر

مطلب في أحكام زيادة المبيع فاسدا

مطلب أحكام نقصان المبيع فاسدا

مطلب في البيع المكروه

الباب ويأتي تمامه (قوله عند الاذان الاول) وهو الذي يجب السعي عنده (قوله الا اذا تبايعا يمشيان الخ) قال الزيلعي هذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأي شرنبلالية والجواب ما أشار اليه الشارح من أن النص معلل بالاخلال بالسعي ومخصص لكن ما مشى عليه الشارح هنا مشى على خلافه في الجمعة تبعا للبحر والزيلعي (قوله وقد خص منه الخ) جواب ثان أي والعام اذا دخله التخصيص صار ظنيا فيجوز تخصيصه ثانيا بالرأي أي بالاجتهاد وبه اندفع قول الزيلعي فلا يجوز بالرأي قلت وفيه نظر فان اشكال الزيلعي من حيث ان قوله تعالى وذروا البيع مطلق عن التقييد بحالة دون حالة فان مفاد الآية الامر بترك البيع عند النداء وهو شامل لحالة المشي والذي خص منه من لا تجب عليه الجمعة هو الواو في فاسعوا ولا يلزم منه تخصيص من ذكر أيضا في وذروا البيع لان القران في النظم لا يلزم منه المشاركة في الحكم كما تقرر في كتب الاصول نظيره قوله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة فان الخطاب عام في الموضعين لكن خص الدليل من الاول جماعة كالمريض العاجز ومن الثاني جماعة كالفقير مع أن المريض تلزمه الزكاة والفقير تلزمه الصلاة والحاصل أن الدليل خص من وجوب السعي جماعة كالمريض والمسافر ولم يرد الدليل بتخصيص هؤلاء من وجوب ترك البيع فيبقى الامر شاملا لهم الا أن يعلل بترك الاخلال بالسعي فيرجع الى الجواب الاول فلم يفد الثاني شيأ فتأمل (قوله وكره النجش) لحديث الصحيحين لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد فتح (قوله أو يمدحه) تفسير آخر عبر عنه في النهر بقيل نقلا عن القرماني في شرح المقدمة قال وفي القاموس ما يفيده (قوله في النكاح وغيره) أي كالاجارة وهذا ذكره المصنف في منحه (قوله لا يكره) بل ذكر القهستاني وابن الكمال عن شرح الطحاوي انه في هذه الصورة محمود (قوله والسوم على سوم غيره) وكذا البيع على بيع غيره ففي الصحيحين نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان الى أن قال وأن يستام الرجل على سوم أخيه وفي الصحيحين أيضا لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه الا أن يأذن له وصورة السوم أن يتراضيا بثمن ويقع الركون به فيجيء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله وصورة البيع أن يتراضيا على ثمن سلعة فيقول آخر أنا أبيعك مثلها بأنقص من هذا الثمن أفاده في الفتح قال الخير الرملي ويدخل في السوم الاجارة اذ هي بيع المنافع (قوله بل لزيادة التنفير) لان السوم على السوم يوجب ايحاشا واضرارا وهو في حق الاخ أشد منعا قال في النهر كقوله في الغيبة ذكرك أخاك بما يكره اذ لا خفاء في منع غيبة الذمي (قوله وقد باع عليه الصلاة والسلام قدحا وحلسا الخ) رواه أصحاب السنن الاربعة في حديث مطول ذكره في الفتح وفي المصباح الحلس كساء يجعل على ظهر البعير تحت رحله جمعه أحلاس كحمل وأحمال والحلس بساط يبسط في البيت (قوله وتلقي الجلب) بفتحتين وهو المراد من تلقي الركبان في الحديث المار وهذا يؤيد تفسيره بالجالب لان الركبان جمع راكب لكن الذي في المصباح والمغرب تفسيره بالمجلوب تأمل قال في الفتح وللتلقي صورتان احداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة وثانيهما أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر (قوله للضرر والغرر) لف ونشر مرتب فالضرر في الصورة الاولى والغرر بتلبيس السعر في الصورة الثانية (قوله وبيع الحاضر للبادي) لحديث الصحيحين عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد قال قلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا فتح والحاضر من كان من أهل الحضر خلاف البدو فالبادي من كان من أهل البادية أي البرية ويقال حضري وبدوي نسبة الى الحضر والبدو (قوله في حالة قحط وعوز) القحط انقطاع المطر والعوز بتحريك الواو الحاجة قال في المصباح عوز الشيء عوزا من باب تعب عز فلم يوجد وعزت الشيء أعوزه من باب قال احتجت اليه فلم أجده (قوله قبل الحاضر المالك الخ) مشى عليه في الهداية حيث قال وهو أن يبيع من أهل البدو وطمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اه أي بأهل البلد قال الخير الرملي ويشهد لصحة هذا التفسير ما في الفصول العمادية عن أبي يوسف لو أن أعرابا قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ويضر ذلك بأهل الكوفة قال أمنعهم عن ذلك قال الا ترى أن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة فهذا أولى اه (قوله والاصح انهما السمسار والبائع) بأن يصير الحاضر سمسارا للبادي البائع قال في الفتح قال

عند الاذان الاول) الا اذا تبايعا يمشيان فلا بأس به لتعليل النهي بالاخلال بالسعي فاذا انتفى انتفى وقد خص منه من لا جمعة عليه ذكره المصنف (و) كره (النجش) بفتحتين ويسكن أن يزيد ولا يريد الشراء أو يمدحه بما ليس فيه ليروجه ويجري في النكاح وغيره ثم النهي محمول على ما (اذا كانت السلعة بلغت قيمتها اما اذا لم تبلغ لا) يكره لانتفاء الخداع عناية (والسوم على سوم غيره) ولو ذميا أو مستأمنا وذكر الاخ في الحديث ليس قيدا بل لزيادة التنفير نهر وهذا (بعد الاتفاق على مبلغ الثمن) أو المهر (والا لا) يكره لانه بيع من يزيد وقد باع عليه الصلاة والسلام قدحا وحلسا بيع من يزيد (وتلقي الجلب) بمعنى المجلوب أو الجالب وهذا (اذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس السعر) على الواردين لعدم علمهم به فيكره للضرر والغرر (اما اذا انتفيا فلا) يكره (و) كره (بيع الحاضر للبادي) وهذا (في حالة قحط وعوز والا لا) لانعدام الضرر قيل الحاضر المالك ٢ والبادي المشتري والاصح كما في المجتبى أنهما السمسار والبائع

٢ قوله وثانيهما هكذا بخطه والاولى وثانيتهما كما لا يخفى اه مصححه

قوله والاصح انهما الخ الذي في نسخ الشارح والاصح كما في المجتبى انهما الخ اه

الحلواني

الحلوانى هوأن يمنع السمسار الحاضر القروى من البيع ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك فيتوكل له ويبيع ويغالى ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس (قوله لموافقته آخر الحديث) ولموافقته لتفسير راوى الحديث كما قدمناه عن الصحيحين (قوله دعوا الناس يرزق بعضهم بعضا) كذا فى البحر والذى فى الفتح دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ونقل الخير الرملى عن ابن حجر الهيتمى ان بعضهم زاد دعوا الناس فى غفلاتهم ونسبه لمسلم قال وهو غلط لا وجود لهذه الزيادة فى مسلم بل ولا فى كتب الحديث كما قضى به سبرما بأيدى الناس منها اﻫ (قوله ولذا عدى باللام لا بمن) هذا مرجح آخر للتفسير الثانى فان اللام فى أن يبيع حاضر لباد تكون على حقيقتها وهى التعليل أما على التفسير الاول تكون بمعنى من أو زائدة لانه يقال بعت الثوب من زيد قال فى المصباح وربما دخلت اللام مكان من يقال بعتك الشئ وبعته لك فاللام زائدة زيادتها فى قوله تعالى واذ بوأنا لابراهيم مكان البيت والاصل بوأنا ابراهيم (قوله لمامر) اى قريبا من قوله وقد باع عليه الصلاة والسلام الخ (قوله ويسمى بيع الدلالة) اى بيع الدلال قال فى الفتح وهو صفة البيع فى أسواق مصر المسمى بالبيع فى الدلالة (قوله ولا يفرق) بالبناء للمجهول وهو أولى من قول النهر ولا يفرق المالك لان حذف الفاعل لا يجوز الا أن يقال انه تفسير للضمير الراجع الى المالك المفهوم من المقام تأمل وكما يمنع المالك عن التفريق يمنع المشترى كما يأتى والكراهة فيه تحريمية كما فى الفتح (قوله عبر بالنفى مبالغة فى المنع) كذا فى الفتح ووجهه أن شأن المسلم عدم فعل المحرم شرعا فكأنه أمر لا يقع منه فلا حاجة الى نهيه عنه (قوله وعن الثانى الخ) قال العلامة نوح فى حواشى الدرر وعن أبى يوسف روايتان رواية لا يجوز البيع فى قرابة الولاد ويجوز فى قرابة غيرها وهو الاصح فى مذهب الشافعى وفى رواية لا يجوز فى الكل اى قرابة الولاد وغيرها وهو قول الامام أحمد لان الامر بالرد فى الحديث لا يكون الا فى الفاسد وقال مالك لا يجوز فى الام ويجوز فى غيرها اﻫ وماذكره الشارح بعيد عن هذا ط (قوله غير بالغ) أشار به الى أن مدة منع التفريق تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض وهو قول للشافعى وفى اظهر قوليه الى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب وقال بعض مشايخنا اذا راهقا ورضيا بالتفريق فلا بأس به لانهما من أهل النظر لانفسهما وربما يريان المصلحة فى ذلك فتح (قوله وذى رحم) اطلقه فشمل ما اذا كان صغيرا ايضا أو كبيرا كما فى الهداية وغيرها ولذا قال بعده بخلاف الكبيرين (قوله اى محرم من جهة الرحم) أشار الى أن الضمير فى منه راجع الى الرحم لا الى الصغير فلا بد أن تكون محرميته من جهة الرحم لا من الرضاع احترازا عن ابن عم هو أخ رضاعا فانه رحم محرم لكن محرميته من الرضاع لا من الرحم والى ذلك أشار بقوله فافهم وخرج أيضا بالاولى المحرم لا من الرحم كالاخ الاجنبى رضاعا وامرأة الاب والرحم غير المحرم كابن العم (قوله وتوابعه) هى التدبير والاستيلاد والكتابة ح (قوله ولو على مال) مبالغة على الاعتاق فقط كما لا يخفى فلو قدمه لكان اولى اﻫ ح لكن اذا كان مما لا يخفى استوى فيه التقديم والتأخير فافهم (قوله او بيع ممن حلف بعتقه) اى اذا حلف بقوله ان ملكت هذا فهو حر فباعه المالك منه ليعتق لم يكره لان العتق ليس بتفريق بل فيه زيادة التمكن من الاجتماع مع محرمه (قوله أو كان المالك كافرا) ظاهره ولو كان المشترى مسلما لكن لا يناسبه التعليل مع أنه يكره التفريق بالشراء وفى الفتح أما اذا كان كافرا فلا يكره لانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه أنه ان كان التفريق فى ملتهم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممنوعا فى ملتهم فلا يجوز اﻫ وذكر قبله أنه يجوز للمسلم شراؤه من حربى مستأمن لان مفسدة التفريق عارضها أعظم منها وهو ذهابه الى دار الحرب وفيه مفسدة الدين والدنيا أما الدين فظاهر وأما الدنيا فتعريضه للقتل والسبى اﻫ وظاهره أنه يكره للمسلم شراؤه من كافر غير حربى لعدم هذه المفسدة المعارضة وهو موافق لما استوجهه فيما مر وعلى هذا فلا وجه لما فى النهر من أن المراد بالحربى الكافر وبه ظهر أنه كان الاولى للشارح أن يقول كما فى البحر أو كان البائع حربيا مستأمنا لمسلم فانه لا يمنع المسلم من الشراء دفعا للمفسدة (قوله أو متعددا الخ) اى اذا كان المالك متعددا بأن كان أحدهما لزيد والآخر لعمرو فلا بأس بالبيع وان كان العبد الآخر لطفل المالك الاول أو لمكاتبه اذ الشرط اجتماعهما فى ملك شخص واحد قال فى البزازية ولو أحدهما له والآخر لولده الصغير أو لمملوكه أو لمكاتبه أو مضاربه لا يكره التفريق ولو كلاهما له فباع أحدهما

مطلب في التفريق بين الصغير ومحرمه

لموافقته آخر الحديث دعوا الناس يرزق بعضهم بعضا ولذا عدى باللام لا بمن (لا) يكره (بيع من يزيد) لمامر ويسمى بيع الدلالة (ولا يفرق) عبر بالنفى مبالغة فى المنع للعنه عليه السلام من فرق بين والد وولده وأخ وأخيه رواه ابن ماجه وغيره عينى وعن الثانى فساده مطلقا وبه قال زفر والائمة الثلاثة (بين صغير) غير بالغ (وذى رحم محرم منه) اى محرم من جهة الرحم لا الرضاع كابن عم هو أخ رضاعا فافهم (الا اذا كان) التفريق باعتاق وتوابعه ولو على مال او بيع ممن حلف بعتقه اوكان المالك كافرا لعدم مخاطبته بالشرائع أو متعددا ولو الآخر لطفله او مكاتبه

من ابنه الصغير يكره اهـ ويبقى ما اذا كانت الشركة في كل منهما معا وظاهر القهستاني عدم الكراهة أيضا فليراجع (قوله فلا بأس) جواب لقوله ولو الآخر لطفله على أن لو شرطية لا وصلية وانما فصله عما قبله مصرحا بالجواب للتنبيه على أنه لا يكره وان كان له ولاية على طفله بحيث يمكنه بيعهما معا بلا تفريق وان كان له حق في مال مكاتبه بحيث يمكن عود الآخر الى ملكه اذا عجز المكاتب فافهم (قوله أو تعدد محارمه الخ) اى محارم الصغير كالو كان له أخوان شقيقان مثلاً أو عمان أو خالان أو أكثر فله بيع الزائد على الواحد منهم ويبقى الواحد مع الصغير ليستأنس به وله بيع الصغير مع واحد منهم لا وحده قال في الفتح وكذا لو ملك ستة اخوة ثلاثة كبارا وثلاثة صغارا فباع مع كل صغير كبيرا جاز استحسانا (قوله غير الاقرب) حال من ما اهـ ح فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير الشقيقة كما في الفتح (قوله والابوين) اى وغير الابوين فاذا كان معه أبواه لا يبيع واحدا منهما هو الصحيح في المذهب كما في البحر عن الكفاية (قوله والملحق بهما) كاخ لاب وأخ لام أو خال وعم فالمدلى بقرابة الام قام مقامها والمدلى بالاب كالاب واذا كان للصغير أب وأم واجتمعوا في ملك واحد لا يفرق بين أحدهم فكذا هنا وكذا لو كان له عمة وخالة أو أم أب وأم أم لم يفرق بينه وبين أحدهما جوهرة قلت لكن الالحاق بالابوين انما يعتبر عند عدم أحدهما لما في الفتح لو كان معه أم وأخ أو أم وعمة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الام في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شفقة الام تغني عمن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها والجدة كالام فلو كان له جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه عمة وخالة لم يباعوا الا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ثم قال ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جملة فالقياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع فيمتنع احتياطا فصار الاصل انه اذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وان كانوا في درجة وكانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل أو يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهم او يبيع ما سواه ومثل الخالة والعم أخ لاب وأخ لام اهـ (قوله كزوجه مستحقا) بأن ادعى رجل أحدهما أنه له وأثبته (قوله بالجناية) كأن قتل أحدهما رجلا خطأ ودفعه سيده بها (قوله وبيعه بالدين) بأن كان مأذونا واستغرقه الدين (قوله لان النظر الخ) يعني أن المنظور اليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا الحاق الضرر به اى بالمالك فلو منعنا التفريق هنا كان الزاما للضرر بالمالك كذا في الفتح اى لان المالك يتضرر بالزامه الفداء لولي الجناية والزامه القيمة للغرماء والزامه المعيب من غير اختياره زيلعي (قوله والزوجين) اى ولو صغيرين زيلعي (قوله فالمستثنى أحد عشر) كان الواجب تقديم هذه الجملة على قوله بخلاف الكبيرين والزوجين لعدم دخولهما في المستثنى منه اهـ ح والاحد عشر الاعتاق وتوابعه بيعه ممن حلف بعتقه كون المالك كافرا كونه متعددا تعدد المحارم ظهوره مستحقا دفعه بجناية بيعه بالدين بيعه باتلاف مال رده بعيب وزاد في البحر ما اذا كان الصغير مراهقا ورضيت أمه ببيعه اهـ ط قلت في الفتح لو كان الولد مراهقا فرضي بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه اهـ ويزاد أيضا ما في الفتح حيث قال ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط اذا كان للذمي عبد له امرأة أمة ولدت منه وأسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه وبين أمه لانه يصير مسلما باسلام أبيه فهذا تفريق بحق (قوله الامن حربي) لان مفسدة التفريق عارضها اعظم منها كما قدمناه (قوله أيضا) اى كما في البيع الفاسد وقدمنا عن الدرر أنه لا يجب فسخه وما ذكره الشارح عزاه في الفتح أول باب الاقالة الى النهاية ثم قال وتبعه غيره وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان اهـ قلت ويمكن التوفيق بوجوبه عليهما ديانة بخلاف البيع الفاسد فانهما اذا أصرا عليه يفسخه القاضي جبرا عليهما ووجهه ان البيع هنا صحيح ويملك قبل القبض ويجب فيه الثمن لا القيمة فلا يلي القاضي فسخه لحصول الملك الصحيح (قوله مجمع) عبارته ويجوز البيع ويأثم اهـ وليس فيه ذكر الفسخ (قوله مسلما) اى رقيقا مسلما ط (قوله مع الاجبار الخ) اى لرفع ذل الكافر عن المسلم ولحفظ الكتاب عن الاهانة ط والله سبحانه أعلم

* (فصل في الفضولي) *

قوله وظاهر القهستاني الخ حيث قال ولا بينهما اذا كانا لرجلين لكل منهما شقص او لصبي ورجل اولرجل وامرأته اومكاتبه اومضاربه وتمامه في النظم اهـ والشقص الطائفة من الشئ كما في المصباح فيمكن أن يكون مراده بالشقص واحدا تاما فيكون المعنى لكل منهما عبد تأمل اهـ منه

فلا بأس به او تعدد محارمه فله بيع ما سوى واحد غير الاقرب والابوين والملحق بهما فتح او (بحق مستحق) كزوجه مستحقا و (كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين) اوباتلاف مال الغير (ورده بعيب) لان النظر في دفع الضرر عن الغير لا في الضرر بالغير (بخلاف الكبيرين والزوجين) فلا بأس به خلافا لاحمد فالمستثنى احد عشر (وكما يكره التفريق ببيع) وغيره من اسباب الملك كصدقة ووصية (يكره) بشراء الامن حربي ابن ملك و (بقسمة في الميراث والغنائم) جوهرة واعلم أن فسخ المكروه واجب على كل واحد منهما أيضا بحر وغيره لرفع الاثم مجمع وفيه وصح شراء كافر مسلما اومصحفا مع الاجبار على اخراجهما عن ملكه وسيجيء في المتفرقات

* (فصل في الفضولي) *

نسبة الى الفضول جمع الفضل اى الزيادة وفتح الفاء خطأ ولم ينسب الى الواحد وان كان هو القياس لانه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالانصارى والاعرابى ط عن البناية وفى المصباح وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لاخير فيه ولهذا نسب اليه على لفظه فقيل فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه لانه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد (قوله مناسبته ظاهرة) هى توقف افادة كل من الفاسد والموقوف الملك على شئ وهو القبض فى الاول والاجازة فى الثانى ح (قوله لانه من صوره) ووجهه أن المستحق يقول عند الدعوى هذا ملكى ومن باعك انما باعك بغير اذنى فهو عين بيع الفضولى اه ح (قوله هو) اى لغة ولم يصرح بذلك اكتفاء بقوله بعده واصطلاحا الخ فافهم (قوله يخشى عليه الكفر) لان الامر بالمعروف وكذا النهى عن المنكر مما يعنى كل مسلم وانما لم يكفر لاحتمال أنه لم يرد أن هذا فضول لاخير فيه بل أراد أن أمرك لا يؤثر او نحو ذلك (قوله بمنزلة الجنس) فيدخل فيه الوكيل والوصى والولى والفضولى منح (قوله خرج به نحو وكيل ووصى) المراد خروج هذين وما شابههما لا هما فقط فهو نظير قولهم مثلك لا يبخل فالوكيل والوصى يتصرفان باذن شرعى وكذا الولى والقاضى والسلطان فيما يرجع الى بيت المال ونحوه وأمير الجيش فى الغنائم (قوله كل تصرف الخ) ضابط فيما يتوقف على الاجازة وما لا يتوقف (قوله صدر منه) اى من الفضولى أو من المتصرف مطلقا (قوله كبيع وتزويج) أشار الى أن المراد بالتمليك ما يعم الحقيقى والحكمى (قوله أو اسقاطا الخ) اى اسقاط الملك مطلقا قال فى الفتح حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وعتق وكذا سائر الاسقاطات للديون وغيرها اه (تنبيه) قال فى البحر والظاهر من فروعهم أن كل ما صح التوكيل به اذا باشره الفضولى يتوقف الا الشراء بشرطه اه قال الخير الرملى اى من العقود والاسقاطات ليخرج قبض الدين ففى جامع الفصولين من قبض دين غيره بلا أمره ثم أجاز الطالب لم يجز قائما او هالكا اه قلت هذا أحد قولين ذكرهما فى جامع الفصولين فانه ذكر قبل ما مر رامزا الى كتاب آخر ما نصه قال لمديون ادفع الى ألفا فلان عليك فعسى يجيزه الطالب وأما لست بوكيل عنه فدفع وأجاز الطالب يجوز ولو هلك بعد الاجازة هلك على الطالب ولو هلك ثم أجاز لا تعتبر الاجازة اه (قوله من يقدر على اجازته) كذا فسره فى الفتح فأفاد أنه ليس المراد المجيز بالفعل بل المراد من له ولاية امضاء ذلك الفعل من مالك أو ولى كأب وجد ووصى وقاض كما مر بيانه قبيل باب المهر وفى أحكام الصغار للاستروشنى من مسائل النكاح عن فوائد صاحب المحيط صبية زوجت نفسها من كفء وهى تعقل النكاح ولا ولى لها فالعقد يتوقف على اجازة القاضى فان كانت فى موضع لم يكن فيه قاض ان كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضى تلك البلدة ينعقد ويتوقف على اجازة ذلك القاضى والا فلا ينعقد وقال بعض المتأخرين ينعقد ويتوقف على اجازتها بعد البلوغ اه فهذا صريح فى أن من ليس له ولى او وصى خاص وكان تحت ولاية قاض فتصرفه موقوف على اجازة ذلك القاضى أو اجازته بعد بلوغه وهذا اذا كان تصرفا يقبل الاجازة احترازا عما اذا طلق أو أعتق كما يأتى وقد حررنا هذه المسألة قبيل كتاب الغصب من كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية فارجع اليه فان فيه فوائد سنية (قوله انعقد موقوفا) اى على اجازة من يملك ذلك العقد ولو كان العاقد نفسه بيانه ما فى الرابع والعشرين من جامع الفصولين باعه او زوجه بلا اذن ثم اجاز بعد وكالته جاز استحسانا باع مال يتيم ثم جعله القاضى وصياله فأجاز ذلك البيع صح استحسانا ولو تزوج بلا اذن مولاه ثم اذن له فى النكاح فأجاز ذلك النكاح جاز ولا يجوز الا باجازته ولو لم يأذن له ولكنه عتق جاز بلا اجازة بعد عتقه ولو تزوج الصبى أو باع ثم أذن له وليه او بلغ لم يجز الا باجازته وتمام الفروع هنالك فراجعه (قوله وما لا مجيز له) اى وكل تصرف ليس له من يقدر على اجازته حالة العقد (قوله بيانه) اى بيان هذا الضابط المذكور وهذا يفيد أن الضمير فى قول المصنف كل تصرف صدر منه راجع للمتصرف لا للفضولى لان الصبى هنا لا ينطبق عليه تعريف الفضولى المار لانه يتصرف فى حق نفسه الا أن يجاب ان مباشرة العقد ليست حقه بل حق الولى ونحوه فالمراد بالحق فى التعريف ما يشمل العقد كما أفاده ط (قوله صبى) اى غير مأذون (قوله باع مثلا الخ) اى تصرف تصرفا يجوز عليه لو فعله وليه فى صغره كبيع وشراء وتزوج وتزويج امته وكتابة قنه ونحوه فاذا فعله الصبى بنفسه يتوقف على اجازة وليه ما دام صبيا ولو بلغ قبل اجازة وليه فأجاز بنفسه جاز ولم يجز بنفس البلوغ

مناسبته ظاهرة وذكره فى الكنز بعد الاستحقاق لانه من صوره (هو) من يشتغل بما لا يعنيه فالقائل لمن يأمر بالمعروف أنت فضولى يخشى عليه الكفر فتح واصطلاحا (من يتصرف فى حق غيره) بمنزلة الجنس (بغير اذن شرعى) فصل خرج به نحو وكيل ووصى (كل تصرف صدر منه) تمليكا كان كبيع وتزويج او اسقاطا كطلاق واعتاق (وله مجيز) اى لهذا التصرف من يقدر على اجازته (حال وقوعه انعقد موقوفا) وما لا مجيز له حالة العقد لا ينعقد أصلا بيانه صبى باع مثلا ثم بلغ قبل اجازة وليه فأجازه بنفسه جاز لان له وليا يجيزه حالة العقد

بلا اجازة جامع الفصولين (**قوله بخلاف مالو طلق مثلا**) اى أو خلع أو حرر قنه مجانا أو بعوض أو وهب ماله أو تصدق به أو زوج قنه امرأة أو باع ماله محاباة فاحشة أو شرى شيأ بأكثر من قيمته فاحشا أو عقد عقدا مما لو فعله وليه فى صباه لم يجز عليه فهذه كلها باطلة وان أجازها الصبى بعد بلوغه لم تجز لانه لا مجيز لها وقت العقد فلم تتوقف على الاجازة الا اذا كان لفظ اجازته بعد البلوغ يصلح لابتداء العقد فيصح ابتداء لا اجازة كقوله أوقعت ذلك الطلاق او العتق فيقع لانه يصلح للابتداء جامع الفصولين (**قوله وقف بيع مال الغير**) اى على الاجازة على ما بيناه وفى حكم الغير الصبى لو باع مال نفسه بلا اذن وليه كما علمت ثم اذا أجاز بيع الفضولى والثمن نقد فهو للمجيز أما لو كان عرضا فهو للفضولى لانه صار مشتريا له وعليه قيمته للمجيز كما سيأتى (**قوله لو الغير بالغا عاقلا الخ**) لم أر ذلك فى الحاوى ووجهه غير ظاهر اذا كان للصغير أو للمجنون ولى أو كان فى ولاية قاض لانه يصير عقدا له مجيز وقت العقد فيتوقف على أنه مخالف لما قدمناه عن جامع الفصولين من أنه لو باع مال يتيم ثم جعله وصيا له فأجاز ذلك البيع صح استحسانا فهذا صريح فى أنه انعقد موقوفا فانه لو لم ينعقد اصلا لم يقبل الاجازة بعد ما صار وصيا ولعل ما فى الحاوى قياس والعمل على الاستحسان (**قوله وهذا**) اى التوقف المفهوم من قول المصنف وقف (**قوله على أنه لمالكه الخ**) اى على أن البيع لاجل مالكه لا لاجل نفسه وهذا مأخوذ من البحر حيث قال ولو قال المصنف باع ملك غيره لمالكه لكان اولى لانه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا كما فى البدائع اه لكن صاحب المتن قال فى منحه اقول يشكل على ما نقله شيخنا عن البدائع ما قالوه من أن المبيع اذا استحق لا ينفسخ العقد فى ظاهر الرواية بقضاء القاضى بالاستحقاق وللمستحق اجازته وجه الاشكال أن البائع باع لنفسه لا للمالك الذى هو المستحق مع أنه توقف على الاجازة ويشكل عليه بيع الغاصب فانه يتوقف على الاجازة فالظاهر ضعف ما فى البدائع فلا ينبغى أن يعول عليه لمخالفته لفروع المذهب اه وذكر نحوه الخير الرملى ثم استظهر أن ما فى البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية أقول يظهر لى أن ما فى البدائع لا اشكال فيه بل هو صحيح لان قول البدائع لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا معناه لو باعه من نفسه فاللام بمعنى من فهو المسألة الثانية من المسائل الخمس وحينئذ فمراد البدائع أن الموقوف ما باعه لغيره أما لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا فالخلل انما جاء مما فهمه صاحب البحر من أن اللام للتعليل وانه احتراز عما اذا باعه لا لاجل مالكه ولله در أخيه صاحب النهر حيث وقف على حقيقة الصواب فقال عند قول الكنز ومن باع ملك غيره يعنى لغيره أما اذا باع لنفسه لم ينعقد كذا فى البدائع اه لكنه لو عبر بمن بدل اللام لكان أبعد عن الايهام وعلى كل فهو عين ما ظهر لى والحمد لله رب العالمين (**قوله او باعه من نفسه**) لانه يكون مشتريا لنفسه وقد صرحوا بأن الواحد لا يتولى الطرفين فى البيع أفاده فى المنح (**قوله اوشرط الخيار للمالك**) قال فى النهر وفى فروق الكرابيسى لو شرط الفضولى الخيار للمالك بطل العقد لانه له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلا اه وكان ينبغى أن يكون الشرط لغوا فقط فتدبره اه اى لانه اذا كان للمالك الخيار فى أن يجيز العقد أو يبطله يكون اشتراطه لا فائدة فيه فيلغو وحيث لم يكن منافيا للعقد فينبغى أن لا يبطله وظاهر التعليل أن المراد خيار الاجازة ومقتضى ما فى الاشباه أن المراد به خيار الشرط حيث قال خيار الشرط داخل على الحكم لا البيع فلا يبطله الا فى بيع الفضولى وقال البيرى وتقييده بالمالك ليس بشرط بل اذا شرط الفضولى للمشترى له بأن قال اشتريت هذا الفلان بكذا على أن فلانا بالخيار ثلاثة ايام لا يتوقف كما فى قاضى خان ومنية المفتى اه قلت ولعل وجهه أن الاصل فساد العقد بشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه الا فى صور منها ورود النص به كشرط الخيار وفائدته التروى دفعا للغبن ومن وقع له عقد الفضولى يثبت له الخيار بلا شرط غير مقيد بمدة فكان اشتراط الخيار له ثلاثة أيام فقط مخالفا للنص لانه لا فائدة فيه بل فيه ضرر بقصر المدة فلذا لم يتوقف على الاجازة بل بطل لضعف عقد الفضولى وان كان الشرط الفاسد يقتضى الفساد لا البطلان هذا ما ظهر لى والله سبحانه اعلم (**قوله المكلف**) قيد به لان المالك اذا كان صبيا أو مجنونا فالبيع باطل وان لم يشترط الخيار له فيه اه ح وهذا بناء على ما مر عن الحاوى وعلمت ما فيه (**قوله أو باع عرضا الخ**) بيانه لرجل عبد وأمة فغصب زيد العبد وعمرو الامة ثم باع زيد العبد من عمرو بالامة فأجاز المالك البيع لم يجز قال فى البحر لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك فى البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه اجازة ولو غصبا من رجلين

بخلاف مالو طلق مثلا ثم بلغ فاجازه بنفسه لم يجز لانه وقت العقد لا مجيز له فيبطل مالم يقل اوقعته فيصح انشاء لا اجازة كما بسطه العمادى (وقف بيع مال الغير) لو الغير بالغا عاقلا فلو صغيرا أو مجنونا لم ينعقد أصلا كما فى الزواهر معزيا للحاوى وهذا ان باعه على أنه (لمالكه) أما لو باعه على أنه لنفسه او باعه من نفسه اوشرط الخيار فيه لمالكه المكلف اوباع عرضا من غاصب عرض آخر

قوله اوشرط الخيار للمالك كذا بخطه والذى فى نسخ الشارح اوشرط الخيار فيه لمالكه والمآل واحد اه مصححه

وتبايعا وأجاز المالكان جاز ولو غصبا النقدين من واحد وعقدا الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لان النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب كذا في الفتح من آخر الباب اهـ (قوله للمالك) اى مالك العرض الاول وهو متعلق بمحذوف نعت لعرض آخر فيكون كل من العرضين لمالك واحد كما مثلنا (قوله به) متعلق بقوله باع والضمير عائد على العرض الآخر (قوله الا في هذه الخمسة) اى الاربعة المذكورة هنا ومسألة الحاوي هي الخامسة وقد علمت أن الخامسة ليست كذلك وكذلك مسألة بيعه على أنه لنفسه فبقي المستثنى ثلاثة فقط وهي الآتية عن الاشباه قلت ويزاد ما في جامع الفصولين باع ملك غيره فشراه من مالكه وسلم الى المشتري لم يجز والبيع باطل لا فاسد وانما يجوز اذا تقدم سبب ملكه على بيعه حتى ان الغاصب لو باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه أما لو شراه الغاصب من مالكه او وهبه له او ورثه منه لا ينفذ بيعه قبله ولو غصب شيأ وباعه فان ضمنه المالك قيمته يوم الغصب جاز بيعه لا لو ضمنه قيمته يوم البيع اهـ فهاتان مسألتان فرجعت المسائل المستثناة خمسا لكن في الاخيرة كلام سيأتي (قوله نفذ عليه) اى على المشتري ولو اشهد أنه يشتريه لفلان وقال فلان رضيت فالعقد للمشتري لانه اذا لم يكن وكيلا بالشراء وقع الملك له فلا اعتبار بالاجازة بعد ذلك لانها انما تلحق الموقوف لا النافذ فان دفع المشتري اليه العبد وأخذ الثمن كان بيعا بالتعاطي بينهما وان ادعى فلان أن الشراء كان بأمره وأنكر المشتري فالقول لفلان لان الشراء باقراره وقع له بحر عن البزازية (قوله فيوقف) اى على اجازة من شرى له فان أجاز جاز وعهدته على المجيز لا على العاقد وهذا لان الشراء انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا ولا ينفذ هنا على العاقد أفاده في جامع الفصولين (قوله هذا) اى نفاذ الشراء على الفضولي الغير المحجور (قوله فقال البائع بعته لفلان) اى وقال الفضولي اشتريت لفلان كما في البزازية وغيرها لان قوله بع أمر لا يصلح ايجابا وفي الفتح قال اشتريته لاجل فلان فقال بعت أو قال المالك ابتداء بعته منك لاجل فلان فقال اشتريت لم يتوقف لانه وجد نفاذا على المشتري لانه اضيف اليه ظاهرا وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته أو رضاه اهـ وذكره في البزازية كذلك ثم قال والصحيح انه اذا اضيف العقد في احد الكلامين الى فلان يتوقف على اجازته وأقره في البحر لكن في البزازية أيضا لو قال اشتريت لفلان وقال البائع بعت منك الاصح عدم التوقف اهـ وظاهره أنه ينفذ على المشتري لكن نقل في البحر هذه الاخيرة عن فروق الكرابيسي وقال بطل العقد في اصح الروايتين لانه خاطب المشتري فرده لغيره فلا يكون جوابا فكان شطر العقد بخلاف قوله بعته لفلان فقال اشتريت له او قبلت ولم يقل له وقوله بعت من فلان فقال اشتريت لاجله أو قبلت فانه يتوقف لاضافته الى فلان في الكلامين قال في النهر وعلى هذا فلا اكتفاء بالاضافة في أحد الكلامين بأن لا يضاف الى الآخر اهـ وحاصله أن ما مر عن البزازية من تصحيح التوقف بالاضافة الى فلان في أحد الكلامين محمول على ما اذا لم يضف العقد في أحد الكلامين الى المشتري فلا ينافي ما صححه في الفروق وعليه فلو أضيف في أحدهما الى المشتري وفي الآخر الى فلان بطل العقد كقوله بعت منك فقال اشتريت لفلان أو بالعكس لان الكلام الثاني لا يصلح قبولا للايجاب لكن لا يخفى أن صريح تصحيح البزازية أنه اذا أضيف الى فلان في أحد الكلامين يتوقف والمفهوم من تصحيح الفروق انه لا يتوقف الا اذا اضيف اليه في الكلامين وهو المفهوم من كلام الفتح السابق فصار الحاصل انه اذا اضيف الى فلان في الكلامين توقف على اجازته والا نفذ على المشتري ما لم يضف الى الآخر صريحا فيبطل ووقع في بعض الكتب هنا اضطراب وعدول عن الصواب كما يعلم من مراجعة نور العين وهذا ما تحصل لي بعد التأمل والله سبحانه اعلم (قوله برازية وغيرها) يوجد هنا في بعض النسخ زيادة نقلت من نسخة الشارح ونصها قيد ببيعه لمالكه لان بيعه لنفسه باطل كما في البحر والاشباه عن البدائع كأنه لانه غاصب وكذا من نفسه لان الواحد لا يتولى طرفي البيع الا الاب كما مر وعبارة الاشباه وبيع الفضولي موقوف الا في ثلاث فباطل اذا باع لنفسه بدائع واذا شرط الخيار فيه للمالك تلقيح واذا باع عرضا من غاصب عرض آخر للمالك به فتح لكن ضعف المصنف الاولى لمخالفتها الفروع المذهب لتصريحهم بأن بيع الغاصب موقوف وبان المبيع اذا استحق فللمستحق اجازته على الظاهر مع أن البائع باع لنفسه لا للمالك الذي هو المستحق مع انه توقف على الاجازة وأما الثانية ففي النهر وينبغي الغاء الشرط فقط قلت وحاصله كما قاله شيخنا أن بيعه موقوف ولو لنفسه على الصحيح اهـ لكن في حاشية الاشباه لابن المصنف

للمالك به فالبيع باطل والحاصل أن بيعه موقوف الا في هذه الخمسة فباطل قيد بالبيع لانه لو اشترى لغيره نفذ عليه الا اذا كان المشتري صبيا او محجورا عليه فيوقف هذا اذا لم يضفه الفضولي الى غيره فلو أضافه بأن قال بع هذا العبد لفلان فقال البائع بعته لفلان توقف برازية وغيرها

وزدت مسألتين من الحاوى وهما بيع الفضولى مال صغير ومجنون لا ينعقد أصلا * هذا آخر ما وجدته من الزيادة ولا يخفى ما فيهما من التكرار وكأن الشارح قصد أن يعدل اليها عما كتبه اولا من قوله أما لو باعه الى قوله قيد بالبيع (قوله المحجورين) أخرج المأذونين فلا يتوقف بيعهما ط (قوله وكذا المعتوه) اى حكمه فى البيع كحكم الصبى والعبد المحجورين ط (قوله وسنحققه فى الحجر) حيث قال وصح طلاق عبد واقراره فى حق نفسه فقط لا سيده فلو أقر بمال أخر الى عتقه لو لغير مولاه ولو له هدر ويحد ويقود أقيم فى الحال لبقائه على اصل الحرية فى حقهما ومن عقد عقدا يدور بين نفع وضرر من هؤلاء المحجورين وهو يعقله أجاز وليه أورده وان لم يعقله فباطل وان أتلفوا شيأ ضمنوا لكن ضمان العبد بعد العتق اه وبه ظهر أن قول العمادية لا تنعقد الخ ليس على اطلاقه وأن مراده بلا تنعقد لا تنفذ فيشمل ما ينعقد موقوفا وما لا ينعقد أصلا فلا يخالف ما فى المتن (قوله ووقف بيع ماله من فاسد عقل الخ) كذا فى الدرر وفى اول البيع الفاسد من البحر عن الخلاصة وبيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضى اه وهذا اولى لان الكلام فى توقف المبيع أما على ما فى المتن فالموقوف شراء فاسد العقل أما البيع الصادر من الرشيد فغير موقوف ولذا قال فى الشرنبلالية هذا التركيب فيه نظر والمسألة من الخانية الصبى المحجور اذا بلغ سفيها يتوقف بيعه وشراؤه على اجازة الوصى او القاضى وفى الخلاصة اذا باع ماله وهو غير رشيد يتوقف على اجازة القاضى اه قلت وهذا على قولهما أما على قول الامام فتصرفه صحيح كما سيأتى فى بابه (قوله ووقف بيع المرهون والمستأجر الخ) اى فان أجازه المرتهن والمستأجر نفذ وهل يملكان الفسخ قيل لا وهو الصحيح وقيل يملكه المرتهن دون المستأجر لان حقه فى المنفعة ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه وفى الرهن يسقط وتمامه فى البحر وجزم فى الخانية بالثانى لكن فى حاشية الفصولين للرملى عن الزيلعى لا يملك المرتهن الفسخ فى أصح الروايتين اه وليس للراهن والمؤجر الفسخ وأما المشترى فله خيار الفسخ ان لم يعلم بالاجارة والرهن عند أبى يوسف وعندهما له ذلك وان علم وعزى كل منهما الى ظاهر الرواية كما فى الفتح لكن فى حاشية الفصولين للرملى عن الولوالجية أن قولهما هو الصحيح وعليه الفتوى بقى لو لم يجز المستأجر حتى انفسخت الاجارة نفذ البيع السابق وكذا المرتهن اذا قضى دينه كما فى جامع الفصولين وفيه أيضا عن الذخيرة البيع بلا اذن المستأجر نفذ فى حق البائع والمشترى لا فى حق المستأجر فلو سقط حق المستأجر عمل ذلك البيع ولا حاجة الى التجديد وهو الصحيح ولو أجازه المستأجر نفذ فى حق الكل ولا ينزع من يده ليصل اليه ماله اذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الاجارة لا للانتزاع من يده وعن بعضنا أنه لو باع وسلم وأجازهما المستأجر بطل حق حبسه ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه اه (تنبيه) لو بيع المستأجر من مستأجره لا يتوقف كما علم مما ذكرناه وبه صرح فى الفصولين وغيره وفيه باع المستأجر ورضى المشترى أن لا يفسخ الشراء الى مضى مدة الاجارة ثم يقبضه من البائع فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها ولا للبائع مطالبة المشترى بالثمن ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم (قوله ومزارع) صورته كما فى ح عن الفتاوى الهندية اذا دفع أرضه مزارعة مدة معلومة على أن يكون البذر من قبل العامل فزرعها العامل او لم يزرع فباع صاحب الارض الارض يتوقف على اجازة المزارع اه اى لانه فى حكم المستأجر للارض وأما لو كان البذر من المالك فينفذ لو لم يزرع لان المزارع أجيره ولو زرع لا لتعلق حق المزارع وتمامه فى جامع الفصولين (قوله نفذ) حقه أن يقول توقف لانه اذا علم فى المجلس توقف على اجازته فيخير بين أخذه وتركه لان الرضى لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما فى خيار الرؤية كما ذكره فى البحر من المرابحة (قوله والابطل) المناسب لما بعده والافسد (قوله قلت الخ) استدراك على المصنف فان مفاد كلامه أن المتوقف صحته اى انه صحيح له عرضية الفساد فهو مبنى على الضعيف ويمكن حمل كلام المصنف على ما بعد العلم فى المجلس (قوله وبيع المبيع من غير مشتريه) قال فى الدرر صورته باع شيأ من زيد ثم باعه من بكر لا ينعقد الثانى حتى لو تفاسخا الاول لا ينعقد الثانى لكن يتوقف على اجازة المشترى ان كان بعد القبض وان كان قبله فى المنقول لا وفى العقار على الخلاف اه وقوله اولا لا ينعقد الثانى معناه لا ينفذ بقرينة الاستدراك عليه بقوله لكن يتوقف الخ وأراد بالخلاف ما سيأتى فى فصل التصرف من أن بيع العقار قبل قبضه صحيح عندهما لا عند محمد فهو عنده كبيع المنقول واعترضه فى الشرنبلالية بما حاصله ان الخلاف الآتى انما هو فيما اذا اشترى عقارا فباعه قبل قبضه

مطلب في بيع المرهون والمستأجر

(و) وقف (بيع العبد والصبى المحجورين) على اجازة المولى والولى وكذا المعتوه وفى العمادية وغيرها لا تنعقد أقارير العبد ولا عقوده وسنحققه فى الحجر (و) وقف (بيع ماله من فاسد عقل غير رشيد) على اجازة القاضى (و) وقف (بيع المرهون والمستأجر والارض فى مزارعة الغير) على اجازة مرتهن ومستأجر ومزارع (و) وقف (بيع شئ برقمه) اى بالمكتوب عليه فان علمه المشترى فى مجلس البيع نفذ والابطل قلت وفى مرابحة البحر انه فاسد له عرضية الصحة لا بالعكس هو الصحيح وعليه فتحرم مباشرته وعلى الضعيف لا وترك المصنف قول الدرر وبيع المبيع من غير مشتريه

والكلام هنا فى بيع البائع قلت لا يخفى أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فالبيع فى الحقيقة من المشترى ولذا قال فى جامع الفصولين شراه ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر بأكثر فأجازه المشترى لم يجز لانه بيع مالم يقبض اه فاعتبره بيعا من جانب المشترى قبل قبضه فافهم وظاهره انه يبقى على ملك المشترى الاول ويأتى تمامه فى فصل التصرف فى المبيع (قوله لدخوله فى بيع مال الغير) لا يخفى أن فى هذه الصورة تفصيلا وفرقا بين الاجازة قبل القبض أو بعده وهو محتاج للتنبيه عليه بخلاف غيرها من بيع مال الغير فالاولى ذكرها كما فعل فى الدرر (قوله وبيع المرتد) فانه موقوف عند الامام على الاسلام ولا يتوقف عندهما ط (قوله ان علم فى المجلس صح) اى وله الخيار شرنبلالية عند قوله والبيع بما باع فلان والظاهر أن المسائل بعده كذلك (قوله والابطل) غير مسلم لانه فاسد يملك بالقبض شرنبلالية (قوله وبيع فيه خيار المجلس كما مر) الذى مر أول البيوع انه اذا أوجب أحدهما فللآخر القبول فى المجلس لان خيار القبول مقيد به فاذا قبل فيه لزم البيع بلا خيار الا لعيب اورؤية خلافا للشافعى فان كان المراد خيار القبول نفسه كما قال الوانى أن البيع الموقوف انما يكون بعد الايجاب والقبول وان كان المراد خيار الشرط ففى الشرنبلالية أنه ليس من الموقوف والخيار المشروط المقدر بالمجلس صحيح وله الخيار مادام فيه واذا شرط الخيار ولم يقدر له أجل كان له الخيار بذلك المجلس فقط كما فى الفتح اه وبيانه أن الموقوف مقابل للنافذ وما فيه خيار مقابل للازم فما فيه خيار غير لازم لا موقوف لكن قد يقال ان لزومه موقوف على اسقاط الخيار فيصح وصفه بالموقوف لكن على هذا لا حاجة للتقييد بالمجلس بل كان عليه أن يقول وبيع فيه خيار الشرط ليشمل ما كان مقيدا بالمجلس وغيره ولئلا يتوهم منه خيار القبول ثم ان ما نقله الشرنبلالى عن الفتح مخالف لما قدمه الشارح من أن خيار الشرط ثلاثة ايام أو أقل وأنه يفسد عند اطلاق أو تأبيد وقدمنا هنالك انه اذا أطلق عن التقييد بثلاثة ايام انما يفسد اذا أطلق وقت العقد أما لو باع بلا خيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار فله الخيار مادام فى المجلس كما فى البحر عن الولوالجية وغيرها وحمل عليه فى البحر كلام الفتح (قوله على اجازة المالك) فلو تداولته الايدى فأجاز عقدا من العقود جاز ذلك العقد خاصة كما سيأتى تحريره وفى جامع الفصولين لو باعه الغاصب ثم ضمنه مالكه جاز البيع ولو شراه غاصبه من مالكه أو وهبه منه او ورثه لم ينفذ بيعه قبل ذلك (قوله يعنى اذا باعه لمالكه الخ) تبع فى ذلك المصنف مع أن المصنف ذكر فيما مر أن هذا مخالف لفروع المذهب فلا فرق بين بيعه لمالكه أو لنفسه وقد علمت الكلام على ما فى البدائع (قوله على البينة) اى ان انكر الغاصب ط (قوله وبيع ما فى تسليمه ضرر) كبيع جذع من السقف سواء كان معينا او لا على ما فى النهر عن الفتح وقد علم أن المراد تعداد الموقوف ولو صدر فاسدا فان البيع فى هذه الصورة فاسد موقوف ط (قوله وبيع المريض لوارثه) اى ولو بمثل القيمة وهذا عنده وعندهما يجوز ويخير المشترى بين فسخ واتمام لو فيه غبن او محاباة قلت او كثرت وكذا وصى الميت لو باعه من الوارث فهو على هذا الخلاف وكذا وارث صحيح باع من مورثه المريض فهو على هذا الخلاف عنده لم يجز ولو بقيمته وعندهما يجوز جامع الفصولين (قوله على اجازة الباقى) أو على صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل فتح (قوله على اجازة الغرماء) عزاه فى البحر الى الزيلعى ومثله فى جامع الفصولين (قوله وبيع أحد الوكيلين) عزاه فى البحر الى وكالة الزيلعى ثم ذكر أحد الوصيين او الناظرين وقال توقف على اجازة الآخر أخذا من الوكيلين ولم أرهما الآن صريحا اه (قوله وأوصله) اى البيع الموقوف (قوله الى نيف وثلاثين) اى ثمان وثلاثين ذكر المصنف والشارح منها ثلاثة وعشرين صورة وذكر فى النهر بيع غير الرشيد فانه موقوف على اجازة القاضى والذى ذكره المصنف هنا البيع منه وبيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشترى فانه يتوقف على اجازة المشترى وما شرط فيه الخيار اكثر من ثلاث فان الاصح أنه موقوف وشراء الوكيل نصف عبد وكل فى شراء كله فانه موقوف ان اشترى الباقى قبل الخصومة نفذ على الموكل وبيع نصيبه من مشترك بالخلط او الاختلاط فانه موقوف على اجازة شريكه وتقدم ذلك اول كتاب الشركة وبيع المولى عبده المأذون فانه موقوف على اجازة الغرماء وكذا بيعه اكسابه وبيع وكيل الوكيل بلا اذن فانه موقوف على اجازة الوكيل الاول وبيع الصبى بشرط الخيار اذا بلغ الصبى فى المدة والبيع بما حل به او بما يريده او بما يحب أو برأس ماله أو بما اشتراه اه اى

لدخوله فى بيع مال الغير (وبيع المرتد والبيع بما باع فلان والبائع يعلم والمشترى لا يعلم والبيع بمثل ما يبيع الناس به أو بمثل ما أخذ به فلان) ان علم فى المجلس صح والا بطل (وبيع الشئ بقيمته) فان بين فى المجلس صح والا بطل وانى (وبيع فيه خيار المجلس) كما مر (و) وقف (بيع الغاصب) على اجازة المالك يعنى اذا باعه لمالكه لا لنفسه على ما مر عن البدائع ووقف أيضا بيع المالك المغصوب على البينة أو اقرار الغاصب وبيع ما فى تسليمه ضرر على تسليمه فى المجلس وبيع المريض لوارثه على اجازة الباقى وبيع الورثة التركة المستغرقة على اجازة الغرماء وبيع أحد الوكيلين او الوصيين او الناظرين اذا باع بحضرة الآخر توقف على اجازته او بغيبته فباطل وأوصله فى النهر الى نيف وثلاثين

مطلب
البيع الموقوف نيف وثلاثون

قوله ثلاثة وعشرين صورة هكذا بخطه ولعل الاولى ثلاثا بتجريده من التاء كما لا يخفى اه مصححه

(وحكمه) اى بيع الفضولى لو له مجيز حال وقوعه كما مر (قبول الاجازة) من المالك (اذا كان البائع والمشترى والمبيع قائما) بأن لا يتغير المبيع بحيث يعد شيأ آخر لان اجازته كالبيع حكما (وكذا) يشترط قيام (الثمن) أيضا (لو) كان (عرضا) معينا لانه مبيع من وجه فيكون ملكا للفضولى وعليه مثل المبيع لو مثليا والا فقيمته وغير العرض ملك لمجيز أمانة فى يد الفضولى ملتقى (و) كذا يشترط قيام (صاحب المتاع أيضا) فلا تجوز اجازة وارثه لبطلانه بموته (و) حكمه أيضا (أخذ) المالك (الثمن او طلبه) من المشترى ويكون اجازة عمادية وهل للمشترى الرجوع على الفضولى بمثله لو هلك فى يده قبل الاجازة الاصح نعم ان لم يعلم أنه فضولى وقت الاداء لا ان علم قنية واعتمده ابن الشحنة وأقره المصنف وجزم الزيلعى وابن ملك بأنه أمانة مطلقا

فانه يتوقف على بيانه فى المجلس كما تقدم نظيره ط (قوله قبول الاجازة) اى ولو تداولته الايدى كما قدمناه آنفا (قوله من المالك) أفاد أنه لا تجوز اجازة وارثه كما يذكره قريبا ويغنى عن هذا تصريح المصنف بأن من شروط الاجازة قيام صاحب المتاع (قوله بأن لا يتغير المبيع) علم منه حكم هلاكه بالاولى فان لم يعلم حاله جاز البيع فى قول أبى يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع فى شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك فتح ونهر ولو اختلفا فى وقت الهلاك فالقول للبائع انه هلك بعد الاجازة لا للمشترى انه هلك قبلها كما فى جامع الفصولين (قوله بحيث يعد شيأ آخر) بيان للمنفى وهو التغير فلو صبغه المشترى فأجاز المالك البيع جاز ولو قطعه وخاطه ثم أجاز لا يجوز لانه صار شيأ آخر منح ودرر ومثله فى التتارخانية عن فتاوى أبى الليث ويخالفه ما فى البحر والبزازية انه لو أجازه بعد الصبغ لا يجوز تأمل وفى جامع الفصولين باع دارا فانهدم بناؤها ثم أجاز يصح لبقاء الدار ببقاء العرصة (قوله لان اجازته كالبيع حكما) اى ولا بد فى البيع من قيام هذه الثلاثة (قوله لو كان عرضا معينا) بأن كان بيع مقايضة فتح وقيده بالتعيين لان الاحتراز عن الدين انما يحصل به فان العرض قد يكون دينا على ما ستقف عليه ابن كمال اى كالسلم (قوله فيكون ملكا للفضولى) اى فاذا هلك يهلك عليه ط وانما توقف على الاجازة لان اجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد بمعنى أن المالك اجاز للبائع أن ينقد ما باعه ثمنا لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولى كما فى العناية قال فى البحر لانه لما كان العوض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تأثير اجازته فى النقد لا فى العقد ثم يجب على الفضولى مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا الا ترى أن الرجل اذا تزوج امرأة على عبد الغير صح ويجب عليه قيمته (قوله امانة فى يد الفضولى) فلو هلك لا يضمنه كالوكيل لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة من حيث انه صار بها تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشترى من المشترى من الفضولى اذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وتمامه فى الفتح وأطلقه فشمل ما اذا هلك قبل تحقق الاجازة او بعده كما يأتى بيانه (فرع) لو أراد المشترى استرداد الثمن منه بعد دفعه له على رجاء الاجازة لم يملك ذلك ذكره فى المجتبى آخر الوكالة رملى على الفصولين (قوله وحكمه أيضا الخ) تبع فى ذلك المصنف وهو عدول عن ظاهر المتن فان الظاهر منه أن قوله وأخذ الثمن مبتدأ وقوله الآتى اجازة خبره وهذا اولى كما يفيده قوله الآتى عن العمادية ويكون اجازة أفاده ط (قوله اخذ المالك الثمن) الظاهر أن أل للجنس فيكون أخذ بعضه اجازة أيضا لدلالته على الرضى ولتصريحهم فى نكاح الفضولى بأن قبض بعض المهر اجازة أفاده الرملى عن المصنف (قوله وهل للمشترى الخ) كان الاولى ذكر هذه الجملة بتمامها عقب ما قدمه عن الملتقى لان ذاك فيما اذا وجدت الاجازة وهذا فيما اذا لم توجد وحاصله انه اذا لم توجد الاجازة يبقى الثمن غير العرض على ملك المشترى فاذا هلك فى يد الفضولى هل يضمنه للمشترى ففى شرح الوهبانية قال فى القنية بعد أن رمز للقاضى عبد الجبار والقاضى البديع اشترى من فضولى شيأ ودفع اليه الثمن مع علمه بأنه فضولى ثم هلك الثمن فى يده ولم يجز المالك البيع فالثمن مضمون على الفضولى ثم رمز لقاضى خان وقال رجع على الفضولى بمثل الثمن ثم رمز لبرهان صاحب المحيط وقال لا يرجع عليه بشئ ثم رمز لظهير الدين المرغينانى وقال ان علم انه فضولى وقت أداء الثمن يهلك امانة ذكره فى المنتقى قال البديع وهو الاصح اه وعلة تصحيح كونه امينا أن الدفع اليه مع العلم بكونه فضوليا صيره كالوكيل اه (قوله واعتمده ابن الشحنة) كانه أخذ اعتماده له من ذكره علة التصحيح المذكورة تأمل (قوله وأقره المصنف) قلت وبه جزم فى البزازية وجامع الفصولين وعزاه فى شرح الملتقى الى القهستانى عن العمادية (قوله وجزم الزيلعى وابن ملك الخ) حيث قالا واذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة فى يد الفضولى بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبلها لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة اه وبه علم أن قول الشارح مطلقا معناه سواء هلك قبل الاجازة أو بعدها فافهم ثم اعلم أن المتبادر من كلام الزيلعى وابن ملك أن المراد اذا وجدت الاجازة لا يضمن الفضولى الثمن سواء هلك قبلها

اوبعدها لانّ الثمن غير العرض يصير ملكا للمجيز لانّ الفضولىّ بالاجازة اللاحقة صار كالوكيل فيكون الثمن فى يده أمانة قبل الهلاك من حين قبضه فيهلك على المجيز وان كانت الاجازة بعد الهلاك والمتبادر من كلام القنية أن الاجازة لم توجد اصلا لاقبل الهلاك ولا بعده فلذا اختلف المشايخ فى ضمانه وعدمه وأما ماذكره الزيلعىّ وابن ملك فلاوجه للاختلاف فيه فلامنافاة بين النقلين هذا ماظهر لى فتدبره وبقى ما اذا هلك الثمن العرض فى يد الفضولىّ قبل الاجازة ففى جامع الفصولين يبطل العقد ولاتلحقه الاجازة ويضمن للمشترى مثل عرضه اوقيمته لوقيميا لانه قبضه بعقد فاسد اه (تتمة) لم يذكر حكم هلاك المبيع وذكره فى جامع الفصولين وحاصله أنه لوهلك قبل الاجازة فان كان قبل قبض المشترى بطل العقد وان بعده لم يجز بالاجازة وللمالك تضمين أيهما شاء وأيهما اختار تضمينه ملكه ويبرأ الآخر فلا يقدر على أن يضمنه ثم ان ضمن المشترى بطل البيع لانّ أخذ القيمة كأخذ العين وللمشترى أن يرجع على البائع بثمنه لا بماضمن وان ضمن البائع فان كان قبض البائع مضمونا عليه اى بأن قبضه بلااذن مالكه نفذ بيعه بضمانه وان كان قبضه أمانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع لا ينفذ بيعه بضمانه لانّ سبب ملكه تأخر عن عقده وذكر محمد فى ظاهر الرواية أنّ البيع يجوز بتضمين البائع وقيل تأويله أنه سلم أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كمغصوب اه (قوله بئس ماصنعت) قال فى جامع الفصولين هو اجازة فى نكاح وبيع وطلاق وغيرها كذا روى عن محمد وفى ظاهر الرواية هو ردّ وبه يفتى اه والظاهر أن مثله اسأت (قوله على المختار) اى فى احسنت وأصبت ومقابله مافى الخانية من انه ليس اجازة لانه يذكر للاستهزاء وفى الذخيرة أن فيه روايتين وفى جامع الفصولين احسنت أووفقت أو كفيتنى مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيرا ليس اجازة لانه يذكر للاستهزاء الا أنّ محمدا قال ان أحسنت أوأصبت اجازة استحسانا أقول ينبغى أن يفصل فان قاله جدّا فهو اجازة لا لو قاله استهزاء ويعرف بالقرائن ولو لم توجد ينبغى أن يكون اجازة اذ الاصل هو الجدّ اه وفى حاشيته للرملىّ عن المصنف أنّ المختار ماذكره من التفصيل كما أفصح عنه البزازىّ (قوله لو المبيع قائما) ذكره لانه تتمة عبارة العمادية والا فالكلام فيه (قوله بيع الآجر) بالجيم المكسورة (قوله جاز) لانه بعدم اجازته لا ينفسخ لما مرّ من أنّ المستأجر لا يملك الفسخ (قوله بالفعل وبالقول) الاوّل من قوله أخذ الثمن والثانى من قوله اوطلبه ومابعده وفى جامع الفصولين لو أخذ المالك بثمنه خطا من المشترى فهو اجازة لا لو سكت عند بيع الفضولىّ بحضرته اه وسيذكر الشارح مسألة السكوت آخر الفصل (قوله وانّ للمالك الخ) استفيد ذلك من قول المصنف وحكمه قبول الاجازة فانّ المراد اجازة المالك كما مرّ فانه يفيد أنّ له الفسخ أيضا وأنّ المشترى والفضولىّ ليس لهما الاجازة فافهم (قوله وللمشترى الفسخ) اى قبل اجازة المالك تحرّزا عن لزوم العقد بحر وهذا عند التوافق على أن المالك لم يجز البيع ولم يأمر به فلا ينافى قول المصنف الآتى باع عبد غيره بغير أمره الخ هذا وذكر فى الفتح وجامع الفصولين فى باب الاستحقاق ولو استحق فأراد المشترى نقض البيع بلا قضاء ولا رضى البائع لا يملكه لانّ احتمال اقامة البينة على النتاج من البائع أو على التلقى من المستحق ثابت الا اذا حكم القاضى فيلزم العجز فينفسخ اه وقدمرّ أوّل الفصل أنّ الاستحقاق من صور بيع الفضولىّ فينبغى تقييد قوله وللمشترى الفسخ بالرضى أو القضاء تأمّل (قوله وكذا للفضولىّ قبلها) اى قبل اجازة المالك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفى ذلك ضرر عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته (قوله لا النكاح) اى ليس للفضولىّ فى النكاح الفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولىّ وفى النهاية أنّ له الفسخ بالفعل بأن زوّج رجلا امرأة ثم اختها قبل الاجازة فهو فسخ للاول وفى الخانية خلافه بحر ملخصا (قوله خير المشترى فى حصته) اى حصة المجيز لانّ المشترى رغب فى شرائه ليسلم له جميع المبيع فاذا لم يسلم يخير لكونه معيبا بعيب الشركة وألزمه محمد بها لانه رضى بتفريق الصفقة عليه لعلمه أنهما قد لا يجتمعان على الاجازة شرح المجمع (قوله فالمعتبر اجازته) ولو بدأ بالردّ ثم أجاز فالمعتبر مابدأ به رملى على الفصولين (قوله مطلقا) اى علم المالك بالثمن أولم يعلم وأجاب صاحب الهداية أنه اذا علم بالحط بعد الاجازة فله الخيار بين الرضى والفسخ بحر عن البزازية (فروع) فى الفصولين امره ببيعه

(وقوله) أسأت نهر (بئس ماصنعت أو أحسنت أو أصبت) على المختار فتح (وهبة الثمن من المشترى والتصدق عليه به اجازة) لو المبيع قائما عمادية (وقوله لا اجيز ردّ له) اى للبيع الموقوف فلو أجازه بعده لم يجز لانّ المفسوخ لا يجاز بخلاف المستأجر لو قال لا اجيز بيع الآجر ثم أجاز جاز وأفاد كلامه جواز الاجازة بالفعل وبالقول وأن للمالك الاجازة والفسخ وللمشترى الفسخ لا الاجازة وكذا للفضولىّ قبلها فى البيع لا النكاح لانه معبر محض بزازية وفى المجمع لو أجاز أحد المالكين خير المشترى فى حصته وألزمه محمد بها (سمع أنّ فضوليا باع ملكه فأجاز ولم يعلم مقدار الثمن فلما علم ردّ البيع فالمعتبر اجازته) لصيرورته بالاجازة كالوكيل حتى يصح حطه من الثمن مطلقا بزازية

(اشترى من غاصب عبدا فأعتقه) المشترى (أو باعه فأجاز المالك) بيع الغاصب (أو أدّى الغاصب) الضمان الى المالك على الاصح هداية (او) أدّى (المشترى الضمان اليه) على الصحيح زيلعي (نفذ الاول) وهو العتق (لا الثانى) وهو البيع لان الاعتاق انما يفتقر للملك وقت نفاذه لا وقت ثبوته قيد بعتق المشترى لان عتق الغاصب لا ينفذ بأداء الضمان لثبوت ملكه به زيلعي (ولو قطعت يده) مثلا (عند مشتريه فأجيز البيع (فأرشه) اى القطع (له) وكذا كل ما يحدث من المبيع (كالكسب والولد والعقر) ولو (قبل الاجازة) يكون للمشترى لان الملك تم له من وقت الشراء بخلاف الغاصب لما مرّ (وتصدق بما زاد

مطلب اذا طرأ ملك بات على موقوف ابطله

بمائة دينار فباعه بألف درهم فقال المالك قبل العلم أجزت جاز بألف درهم وكذا النكاح لا لو قال أجزت ما أمرتك به * برهن المالك على الاجازة ليس له أخذ الثمن من المشترى الا اذا ادّعى أنّ الفضولى وكله بقبضه * مات العبد فى يد المشترى ثم ادّعى المالك الامر او الاجازة فان قال كنت أمرته به صدق ولو قال بلغنى فاجزته لم يصدق الا ببينة وكذا الوزوج الكبيرة أبوها ومات زوجها فطلبت الارث وادّعت الامر او الاجازة (قوله اشترى من غاصب عبدا) لو قال من فضولى لكان اولى لانه اذ لم يسلم المبيع لم يكن غاصبا مع أن الحكم كذلك ولعل انما ذكره لاجل قوله أو باعه فان بيع العبد قبل قبضه فاسد أفاده فى البحر وصورة المسألة زيد باع عبد رجل بلا اذنه من عمرو فأعتق عمرو العبد أو باعه من بكر فأجاز المالك بيع زيد أو ضمنه أو ضمن عمرا المشترى وهو المعتق نفذ عتق عمرو ان كان أعتقه وأما ان كان باعه فلا ينفذ البيع (قوله فأجاز المالك بيع الغاصب) قيد به لانه لو أجاز بيع المشترى منه وهو بيع عمرو لبكر جاز قال فى جامع الفصولين رامزا للمبسوط لو باعه المشترى من غاصب ثم وثم حتى تداولته الايدى فأجاز مالكه عقدا من العقود جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الاجازة فاذا أجاز عقدا منها جاز ذلك خاصة اهـ وبه ظهر أن بيع المشترى من الغاصب موقوف وأما ما فى البحر والنهر عن النهاية والمعراج من أنه باطل فهو مخالف لما فى جامع الفصولين وغيره من الكتب كما حرره الخير الرملى فى حاشية البحر (قوله او أدّى الغاصب الضمان الى المالك على الاصح هداية) وتبعه فى البناية خلافا لما فى الزيلعى من أنه لا ينفذ بأداء الضمان من الغاصب وينفذ بأدائه من المشترى أفاده فى البحر (قوله نفذ الاول) هذا عندهما وقال محمد لا يجوز عتقه أيضا لانه لم يملكه (قوله وهو البيع) اى بيع المشترى من الغاصب أما بيع الغاصب فانه ينفذ باجازة المالك وكذا بالتضمين وفى جامع الفصولين وانما يجوز لو تقدم سبب ملكه على بيعه حتى ان غاصبه لو باعه ثم ضمنه مالكه جاز بيعه ولو شراه غاصبه من مالكه أو وهبه منه أو ورثه لم ينفذ بيعه قبل ذلك اذ الغصب سبب الملك عند الضمان وليس بسبب البيع او الهبة أو الارث فبقى السبب وهو البيع والهبة والارث متأخرا عن البيع ويجوز بيعه لو ضمنه قيمته يوم غصبه لا يوم بيعه اهـ ثم ذكر أنه لم يفصل بين قيمة وقيمة فى عامة الروايات (قوله لان الاعتاق الخ) علة لنفاذ الاعتاق وأما عدم نفاذ البيع فلبطلانه بالاجازة لانه يثبت بها الملك للمشترى باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب او تصدّق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف وأورد عليه أن بيع الغاصب ينفذ بأداء الضمان مع أنه طرأ ملك بات للغاصب على ملك المشترى الموقوف وأجيب بأن ملك الغاصب ضرورى ضرورة أداء الضمان فلم يظهر فى ابطال ملك المشترى بحر وأجاب فى حواشى مسكين بأن هذا غير وارد لان الاصل المذكور ليس على اطلاقه لما فى البزازية عن القاعدى ونصه الاصل أن من باشر عقدا فى ملك الغير ثم ملكه ينفذ لزوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه وكذا لو باع ملك أبيه ثم ورثه نفذ وطرو البات انما يبطل الموقوف اذا احدث لغير من باشر الموقوف كما اذا باع المالك ما باعه الفضولى من غير الفضولى ولو ممن اشترى من الفضولى أما ان باعه من الفضولى فلا اهـ قلت وعليه ففى مسألة بيع المشترى من الغاصب لو أجاز بيع الغاصب نفذ وبطل بيع المشترى لان الملك البات للغاصب طرأ على ملك موقوف باشره هو وأما بالنسبة الى المشترى فقد طرأ على ملك موقوف لغير من باشره لان المباشر للبيع الثانى الموقوف هو المشترى نعم لو أجاز عقد المشترى يكون طرو البات لمن باشر الموقوف (قوله لثبوت ملكه به) اى بالضمان لا بالغصب لان الغصب غير موضوع لافادة الملك اهـ ح (قوله ولو قطعت يده) اى يد ما باعه الغاصب وقوله مثلا أشار به الى أن المراد أرش اى جراحة كانت واحترز بالقطع عن القتل أو الموت عند المشترى فان البيع لا يجوز بالاجازة لفوات المعقود عليه وشرط صحة الاجازة قيامه كما مرّ وتمامه فى الفتح (قوله عند مشتريه) احترازعن الغاصب كما يأتى (قوله له) اى للمشترى (قوله يكون للمشترى) تصريح بما أفاده التشبيه فى قوله وكذا الخ (قوله لان الملك تم له من وقت الشراء) اى فتبين أن القطع ورد على ملكه ط عن المنح (قوله بخلاف الغاصب) اى لو قطعت اليد عنده ثم ضمن قيمته لا يكون الارش له لما مرّ قريبا من أن ثبوت ملكه بالضمان اى لا بالغصب لان الغصب غير موضوع للملك فلا يملك الارش وان ملك العبد لعدم حصوله فى ملكه (قوله بما زاد) اى من الارش على نصف الثمن ان كان نصف القيمة اكثر

من

من نصف الثمن نهر (قوله وجوبا) قال فى البحر هو ظاهر ما فى الفتح (قوله لعدم دخوله فى ضمانه) لان الملك غير موجود حقيقة وقت القطع وأرش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن ففيما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك وتمامه فى البحر (قوله قيد اتفاقى) فانه وان وقع فى الجامع الصغير فليس من صورة المسألة فتح اى لان ذكره يفيد توافق المتعاقدين عليه مع انه محل المنازعة بينهما (قوله مثلا) راجع لقوله فبرهن لما فى النهر وغيره من انه لو لم تكن بينة كان القول لمدعى الامر اذ غيره متناقض فلا تصح دعواه ولذا لم يكن له استحلافه اهـ وليس راجعا لقوله المشترى على معنى أن البائع كذلك لانه يتكرر مع قول المصنف كما لو أقام البائع البينة أفاده ط (قوله الفضولى) لا محل لذكره بعد تصريحه بأن قوله بغير أمره قيد اتفاقى (قوله ردت بينته) اى ان برهن وقوله ولم يقبل قوله اى ان لم يبرهن (قوله للتناقض) اذ الاقدام على الشراء والبيع دليل على دعوى الصحة وانه يملك البيع ودعوى الاقرار بعدم الامر تناقضه وقبول البينة مبنى على صحة الدعوى نهر وغيره واعترض بأن التوفيق ممكن لجواز أن لا يعلم الا بعد الشراء باخبار عدول له بأنا سمعنا اقرار البائع بذلك قبل البيع وأجاب فى البحر بأنه وان أمكن التوفيق بذلك لكنه ساع فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه فقولهم امكان التوفيق يدفع التناقض على احد القولين مقيد بما اذا لم يكن ساعيا فى نقض ما تم من جهته (قوله الا فى مسألتين) ذكرهما فى البحر هنا لكن الشارح تقدم فى الوقف عند قوله باع دارا ثم ادعى انى كنت وقفتها أن المستثنى سبع وقدمنا هناك عن قضاء الاشباه انها تسع ومر الكلام عليها فراجعه (قوله ولو عند غير القاضى) أفاد أن قول الكنز عند القاضى قيد اتفاقى (قوله لان التناقض) اى من البائع لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فى اقراره على نفسه فللمشترى أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فيبطل البيع فى حقهما (قوله خلافا للثانى) فعنده لرب العبد مطالبة المشترى فاذا أدى رجع على البائع نهر وفيه ولو أنكر المالك التوكيل وتصادقا عليه فان برهن الوكيل فيها والا استحلف المالك فان نكل لزمه لا ان حلف وتمامه فيه وفى البحر (قوله بغير أمره) لا حاجة اليه لانه محل النزاع ط ولذا لم يذكره فى الكنز (قوله نهر) نقله عن البناية ولم يتكلم على مفهومه ولعله لانه أولوى فانه اذا لم يضمن اذا قبضها لا يضمن اذا لم يقبض بالاولى ط (قوله فقيد اتفاقا) اى وقع فى الكنز وغيره اتفاقا لا مقصودا للاحتراز لانه اذا لم يدخلها يكون بالاولى (قوله لعدم سراية اقراره على المشترى) هذا لا يصلح علة لما قبله وانما هو علة لعدم نزع الدار من يد المشترى وأما علة عدم ضمان البائع قيمة الدار مع اقراره بغصبها فهى عدم صحة غصب العقار وهو قولهما وقال محمد يضمن قيمة الدار وهو قول أبى يوسف اولا لصحة غصبه عنده ط ولذا قال فى الفتح وهى مسألة غصب العقار هل يتحقق اولا فعند أبى حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن اهـ (قوله فان برهن الخ) وان لم يبرهن كان التلف مضافا الى عجزه عنه لا الى عقد البائع قال السائحانى والظاهر أن الثمن يوضع فى بيت المال حتى يتبين الحال (قوله لانه نور دعواه بها) اى جعل لها نورا بالبينة اى اوضحها وأظهرها (قوله باعه) اى الشئ (قوله فتصير مملوكة لا زوجة) انما نص على انها لا تصير زوجة مع أن البيع يقدم على الاجارة والرهن أيضا لانه يفهم من نفى الزوجية نفى الادنى منها بالاولى قال فى الفتح وتثبت الهبة لو وهبه فضولى وآجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لانها لازمة والاجارة أحق من الرهن لافادتها ملك المنفعة والبيع أحق من الهبة لبطلانها بالشيوع فيما لا يبطل بالشيوع كهبة فضولى عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوى البيع فى افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل نصفه ولو زوجاها كل من رجل فأجيزا بطلا ولو باعاها تنصف بين المشتريين ويخير كل منهما اهـ والله سبحانه أعلم

(باب الاقالة)

مناسبتها للفضولى أنه عقد يرفع عند عدم الاجازة والاقالة رفع ط وذكرها فى الهداية والكنز عقب البيع الفاسد والمكروه لوجوب رفع كل منهما على المتعاقدين كما مر ويأتى تمامه (قوله من اقال) ويأتى ثلاثيا يقال قاله قيلا من باب باع الا انه قليل نهر (قوله أجوف) اى عينه حرف علة ثم بينه بأنه يائى وهو خبر

على نصف الثمن وجوبا) لعدم دخوله فى ضمانه فتح (باع عبد غيره بغير أمره) قيد اتفاقى (فبرهن المشترى) مثلا (على اقرار البائع) الفضولى (أو) على اقرار (رب العبد أنه لم يأمره بالبيع) للعبد (وأراد) المشترى (رد المبيع ردت) بينته ولم يقبل قوله للتناقض (كما لو أقام) البائع (البينة أنه باع بلا امر أو برهن على اقرار المشترى بذلك) وأصله أن من سعى فى نقض ما تم من جهته لا يقبل الا فى مسألتين (وان أقر البائع) المذكور ولو عند غير القاضى بحر (بأن رب العبد لم يأمره بالبيع ووافقه عليه) اى على عدم الامر (المشترى انتقض) البيع لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فان توافقا بطل (فى حقهما الا فى حق المالك) للعبد (ان كذبهما) وان ادعى أنه كان بأمره فيطالب البائع بالثمن لانه وكيل لا المشترى خلافا للثانى (باع دار غيره بغير امره) وأقبضها المشترى نهر وأما ادخالها فى بناء المشترى فقيد اتفاقا درر (ثم اعترف البائع) الفضولى (بالغصب وانكر المشترى لم يضمن البائع قيمة الدار) لعدم سراية اقراره على المشترى (فان برهن المالك أخذها) لانه نور دعواه بها (فروع) * باعه فضولى وآجره آخر اوزوجه أو رهنه فاجيزا معا ثبت الاقوى فتصير مملوكة لا زوجة فتح سكوت المالك عند العقد ليس باجازة خانية من آخر فصل الاقالة

(باب الاقالة)

(هى) لغة الرفع من أقال أجوف يائى

مبتدا محذوف اى هو أجوف ويائى خبر ثان اهـ ح وفيه ردّ على من قال انه واوى من القول والهمزة للسلب فأقال بمعنى أزال القول اى القول الاوّل وهو البيع كاشكاه ازال شكايته ودفع بثلاثة أوجه ذكرها فى الفتح * الاول قولهم قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واو فليس من القول * الثانى أنه ذكر الاقالة فى الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو * الثالث انه ذكر فى مجموع اللغة قال البيع قيلا واقالة فسخه اهـ (قوله رفع العقد) ولو فى بعض المبيع لما فى الحاوى لو باع منه حنطة مائة من بدينار ودفعها اليه فافترقا ثم قال للمشترى ادفع الىّ الثمن او الحنطة التى دفعتها اليك فدفعها أو بعضها فهو فسخ فى المردود اهـ (قوله فعبر بالعقد) فهو تعريف للاعم من اقالة البيع والاجارة ونحوهما بحر واعترضه فى النهر بأن مراده بالعقد عقد البيع قلت تخصيصه بالبيع لكون الكلام فيه والا فهو تعريف للاقالة مطلقا لان حقيقتها فى الاجارة لا تخالف حقيقتها فى البيع ولذا لم يذكر لها باب فى غير هذا الموضع ونظيره النية مثلا تذكر فى باب الصلاة ونحوها وتعرّف بالقصد الشامل للصلاة وغيرها فافهم والمراد بالعقد القابل للفسخ بخيار كما يعلم مما يأتى بخلاف النكاح (قوله وهذا ركنها) الاولى تأخيره عن قوله أو أحدهما مستقبل كما فعل المصنف ط (قوله أو أحدهما مستقبل الخ) اعلم أن الاقالة عند أبى يوسف بيع الا أن لا يمكن ففسخ كما يأتى وعند محمد بالعكس والعجب أن قول ابى يوسف كقول الامام فى أنها تصح بلفظين أحدهما مستقبل مع أنها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك ومحمد يقول انها فسخ ويقول لا تنعقد الا بماضيين لانها كالبيع فأعطاها بسبب الشبه حكم البيع وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعطها حكمه والجواب له أن المساومة لا تجرى فى الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع فتح (قوله لعدم المساومة فيها) اشارة الى الجواب المذكور أى لان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله أقلنى مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما فى النكاح وبه فارق البيع كما فى شروح الهداية (قوله وقال محمد كالبيع) اى فلا تنعقد الا بماضيين كما مرّ قال فى الفتح والذى فى الخانية أن قول الامام كقول محمد (قوله قال البرجندى الخ) قال فى الفتح وفى الخلاصة اختاروا قول محمد وفى الشرنبلالية ويرجح قول محمد كون الامام معه على ما فى الخانية اهـ قلت واختار المصنف قول أبى يوسف تبعا للدرر والملتقى (قوله وتصح أيضا الخ) فلا يتعين فيها لفظ كما فى الفتح وظاهره أنه لا فرق بين لفظ الاقالة وهذه الالفاظ وهو غير مراد فان الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع فى حق غيرهما وهذا اذا كانت بلفظ الاقالة فلو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعا اتفاقا ولو بلفظ بيع فبيع اجماعا كما يأتى فتنبه لذلك وفى البزازية طلب الاقالة فقال المشترى هات الثمن فاقالة اهـ قلت والظاهر أن مثله ما لو كان الطلب من المشترى فقال البائع خذ الثمن وفيها اشترى عبدا ولم يقبضه حتى قال للبائع بعه لنفسك فلو باع جاز وانفسخ الاوّل ولو قال بعه لى أو بعه ممن شئت أو بعه ولم يزد عليه لا يصح اهـ وظاهره انه فى الصورة الاولى ينفسخ وان باعه بعد المجلس تأمل ووجهه انه اقالة اقتضاء فان أمره بالبيع لنفسه لا يتم الا بتقدم الاقالة فهو نظير قولك أعتق عبدك عنى بألف بخلاف بقية الصور فانه توكيل لا اقالة ثم رأيت ذلك التوجيه فى الولوالجية وفى البزازية ولا يصح تعليق الاقالة بالشرط بأن باع ثورا من زيد فقال اشتريته رخيصا فقال زيد ان وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثانى لانه تعليق الاقالة لا الوكالة بالشرط وفيها قال المشترى انه يخسر فقال البائع بعه فان خسر فعلىّ فباع فخسر لا يلزمه شئ (قوله هو الصحيح بزازية) عبارتها قبض الطعام المشترى وسلم بعض الثمن ثم قال بعد أيام ان الثمن غال فردّ البائع بعض الثمن المقبوض فمن قال البيع ينعقد بالتعاطى من أحد الجانبين جعله اقالة وهو الصحيح ومن شرط القبض من الجانبين لا يكون اقالة اهـ ومثله فى الخانية (قوله وفى السراجية الخ) مقابل الصحيح والمراد بالتسليم تسليم المبيع وبالقبض قبض الثمن المدفوع ط (قوله وتتوقف على القبول) فلو اشترى حمارا ثم جاء به ليردّه فلم يقبله البائع صريحا واستعمل الحمار أياما ثم امتنع عن ردّ الثمن وقبول الاقالة كان له ذلك لانه لما ردّ كلام المشترى بطل فلا تتم الاقالة باستعماله خانية (قوله فى المجلس) فلو قبل بعد زوال المجلس أو بعد ما صدر عنه فيه ما يدل على الاعراض لا تتم الاقالة ابن ملك وفى القنية جاء الدلال بالثمن الى البائع بعد ما باعه بالامر المطلق فقال له البائع لا أدفعه بهذا الثمن فأخبر به المشترى فقال أنا لا أريده أيضا لا ينفسخ لانه ليس من ألفاظ الفسخ ولان اتحاد المجلس فى الايجاب والقبول شرط فى الاقالة ولم يوجد اشترى حمارا ثم جاء ليردّه فلم يجد البائع فأدخله

قوله رفع العقد هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح رفع البيع وهو الذى يدل عليه قول الشارح وعمم فى الجوهرة الخ اهـ مصححه

وشرعا (رفع البيع) وعمم فى الجوهرة فعبر بالعقد (وتصح بلفظين ماضيين) وهذا ركنها (أو أحدهما مستقبل) كاقلنى فقال أقلتك لعدم المساومة فيها فكانت كالنكاح وقال محمد كالبيع قال البرجندى وهو المختار (و) تصح أيضا (بفاسختك وتركت وتاركتك ورفعت وبالتعاطى) ولو من احد الجانبين (كالبيع) هو الصحيح بزازية وفى السراجية لابد من التسليم والقبض من الجانبين (وتتوقف على قبول الآخر فى المجلس

قوله على القبول هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح التى بيدى على قبول الآخر والخطب سهل اهـ مصححه

في

فى اصطبله فجاء البائع بالبيطار فبزغه فليس بفسخ لان فعل البائع وان كان قبولا ولكن يشترط فيه اتحاد المجلس اه (قوله ولو كان القبول فعلا) أفاد أنه بعد الايجاب لا يكون من التعاطى لان التعاطى ليس فيه ايجاب لما قدمناه أول البيوع عن الفتح من انه اذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيأ كان قبضه قبولا خلافا لمن قال انه بيع بالتعاطى لان التعاطى ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط اه (تنبيه) قال فى البزازية جاء بقبالة العقار المشترى فأخذها البائع وتصرف فى العقار فاقالة وفى الخزانة دفع القبالة الى البائع وقبضه ليس باقالة وكذا لو تصرف البائع فى المبيع بعد قبض القبالة وسكت المشترى لعدم تسليم المبيع وقبض الثمن اه قلت والقبالة بالفتح الصك الذى يكتب فيه الدين ونحوه والظاهر أن ماذكره أولا من كون ذلك اقالة مبنى على ماهو الصحيح من الاكتفاء بالتعاطى من احد الجانبين وهو تصرفه فى المبيع بعد قبض القبالة وماذكره عن الخزانة مبنى على انه لابد بكونه من الجانبين بقرينة التعليل تأمل (قوله فور قول المشترى اقلتك) متعلق بالامرين قال فى الفتح ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا فى فور قول المشترى اقلتك اه والمراد بالفورية أن يكون فى المجلس بأن يقطعه قبل أن يتفرقا ولم يتكلم بشئ كما فى ح عن الخانية وظاهر هذا أن القبض فورا بلا قطع لا يكفى وهو خلاف قول الشارح أو قبضه ولعل المسألة مفروضة فيما اذا كان الثوب بيد البائع قبل قوله اقلتك فتأمل ثم رأيت فى الذخيرة وكذا فى الحاوى صورة المسألة بما يرفع الاشكال حيث قال وكذا دلالة بالفعل ألا ترى أن من باع ثوبا وسلمه ثم قال للمشترى أقلت البيع فاقطعه لى قميصا فان قطعه فى المجلس فهو اقالة والافلا اه فالمتكلم بقوله أقلت هو البائع والقاطع هو المشترى لا البائع عكس مافى الفتح والخانية فقطع المشترى الثوب قبل قبض البائع قبول دلالة ولا اشكال فيه فتدبر (قوله لان من شرائطها الخ) علة لقوله وتتوقف الخ ولا يرد أن المعطوفات لا تصلح تعليلا له لان العلة مجموع ماذكر فكأنه قال لان لها شروطا منها اتحاد المجلس فافهم (قوله ورضى المتعاقدين) لان الكلام فى رفع عقد لازم وأما رفع ماليس بلازم فلمن له الخيار بعلم صاحبه لا برضاه بحر وحاصله أن رفع العقد غير اللازم وهو مافيه خيار لا يسمى اقالة بل هو فسخ لانه لا يشترط فيه رضاهما فافهم (قوله أو الورثة او الوصى) أشار الى مافى البحر من انه لا يشترط لصحتها بقاء المتعاقدين فتصح اقالة الوارث والوصى ولا تصح اقالة الموصى له كما فى القنية اه (قوله وبقاء المحل) أى المبيع كلا أو بعضا لما سيذكره المصنف من انه يمنع صحتها هلاك المبيع وهلاك بعضه يمنع بقدره (قوله القابل للفسخ بخيار) نعت للمحل وبخيار متعلق بالفسخ ووصف المحل بقبوله الفسخ مجاز لان القابل لذلك عقده قال ح أى القابل للفسخ بخيار من الخيارات كخيار العيب والشرط والرؤية كما فى الفتاوى الهندية اه وفى الخلاصة والذى يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ومثله فى الفتح (قوله فلو زاد الخ) تفريع على قوله القابل للفسخ بخيار وقدمنا فى خيار العيب أن الزيادة اما متصلة متولدة كسمن وجمال أو غير متولدة كغرس وبناء وخياطة واما منفصلة متولدة كولد وثمرة وارش أو غير متولدة ككسب وهبة والكل اما قبل القبض أو بعده ويمتنع الفسخ بخيار العيب فى موضعين فى المتصلة الغير المتولدة مطلقا وفى المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط فافهم ويأتى له زيادة بيان (قوله وقبض بدلى الصرف فى اقالته) أى اقالة عقد الصرف أما على قول أبى يوسف فظاهر لانها بيع وأما على أصلهما فلانها بيع فى حق ثالث وهو حق الشرع بحر (قوله وأن لا يهب البائع الثمن للمشترى) أى المشترى المأذون فلو وهبه لم تصح الاقالة بعدها وقوله قبل قبضه أى قبض البائع الثمن من المأذون وذلك لانها لو صحت الاقالة حينئذ لكان تبرعا بالمبيع للبائع ولا يقدر على الرجوع عليه بالثمن لانه لم يصل الى البائع منه شئ وهو ليس من أهل التبرع أما بعد القبض فيرجع المأذون عليه بالثمن لوصوله لبده فلم يكن متبرعا فصحت الاقالة ويرجع على البائع بعدها بقدر الموهوب له فيكون الواصل اليه قدر الثمن مرتين الموهوب وقدره وقاس ح على المأذون وصى اليتيم ومتولى الوقف نظرا للصغير والوقف فيجرى فيهما حكمه ط (قوله فى بيع مأذون ووصى ومتول) وكذا اذا اشتروا بأقل من القيمة فان الاقالة لا تصح نهر وكان على الشارح أن يقول وأن لا يهب الثمن للمشترى المأذون أو الوصى أو المتولى قبل قبضه وأن لا يكون بيعهم بأكثر من القيمة ولا شراؤهم بأقل منها اه ح ويمكن أن يكون قوله فى بيع مأذون الخ قيدا للمسألتين لكن المأذون مع ماعطف عليه بالنسبة الى المسألة الاولى مشتر وبالنسبة الى الثانية بائع فتكون اضافة بيع بالنظر الى الاولى

ولو) كان القبول (فعلا) كما لو قطعه أو قبضه فور قول المشترى أقلتك لان من شرائطها اتحاد المجلس ورضى المتعاقدين أو الورثة أو الوصى وبقاء المحل القابل للفسخ بخيار فلو زاد زيادة تمنع الفسخ لم تصح خلافا لهما وقبض بدلى الصرف فى اقالته وأن لا يهب البائع الثمن للمشترى قبل قبضه وأن لا يكون البيع بأكثر من القيمة فى بيع مأذون ووصى ومتول (وتصح اقالة المتولى ان خيرا) للوقف

من اضافة المصدر الى مفعوله وبالنظر الى الثانية الى فاعله تأمل (قوله الاصل أن من ملك البيع) أى أو الشراء كما يظهر مما يأتى (قوله الثلاثة المذكورة) أى المأذون والوصى والمتولى اذا باعوا بأكثر من القيمة قال فى جامع الفصولين الوصى والمتولى لو باع شيأ بأكثر من قيمته ثم أقال لم يجز اهـ وعبارة الاشباه الا فى مسائل اشترى الوصى من مديون الميت دارا بعشرين وقيمتها خمسون لم تصح الاقالة اشترى المأذون غلاما بألف وقيمته ثلاثة آلاف لم تصح والمتولى على الوقف لو أجر الوقف ثم أقال ولا مصلحة لم يجز على الوقف اهـ فما فى جامع الفصولين فى البيع وما فى الاشباه فى الشراء (قوله والوكيل بالشراء) بخلاف الوكيل بالبيع تصح ويضمن بحر ثم قال وانما يضمن الوكيل بالبيع اذا أقال بعد قبض الثمن أما قبله فيملكها فى قول محمد كذا فى الظهيرية اهـ وفى جامع الفصولين الوكيل بالبيع لو أقال أو احتال أو ابرأ او حط أو وهب صح عندهما وضمن لموكله لا عند أبى يوسف الوكيل لو قبض الثمن لا يملك الاقالة اجماعا اهـ وفى حاشيته للخير الرملى بعد أن ذكر عبارة البحر أقول وفيه توقف من وجوه الاول تقييده الضمان بما اذا كانت الاقالة بعد قبض الثمن مع أن الوكيل لو قبض الثمن لا يملك الاقالة اجماعا الثانى قوله فيملكها عند محمد مع انها جائزة عند الامام أيضا فما وجه التخصيص بقول محمد الثالث ترتب عدم الضمان على كونه يملكها مع قولهم تصح عندهما ويضمن لموكله فهو صريح فى الضمان مع كونها صحيحة وصريح كلام الظهيرية واطلاقه يفيد صحة اقالة وكيل البيع مطلقا قبل قبض الثمن وبعده ثم رأيت فى جامع الفتاوى والبزازية ما صورته والوكيل بالبيع يملك الاقالة بخلاف الوكيل بالشراء يستوى أن تكون الاقالة قبل القبض أو بعده فتأمله مع ما فى الظهيرية ومع ما فى جامع الفصولين والظاهر أن معنى قوله فى الظهيرية فيملكها فى قول محمد أى على الموكل فيعود المبيع الى ملكه ومعنى قوله فى الفصولين الوكيل لو قبض الثمن لا يملك الاقالة اجماعا أى على الموكل فلا يعود المبيع الى ملكه وتصح الاقالة عليه فيضمن وبهذا يحصل التوفيق ويتضح الامر وقد ذكر فى البحر أول الاقالة فرعا لطيفا عن القنية فيه دلالة على صحة التوفيق المذكور فراجعه فتحصل أن اقالته تصح عند الامام قبل القبض وبعده ويضمن وعند محمد يملكها قبله على الموكل فتصح ولا يضمن وبعده تصح ويضمن وعند أبى يوسف لا تصح مطلقا ولا يضمن اهـ كلام الخير الرملى قلت وهو توفيق لطيف لكن ذكر فى الباب العاشر من بيوع البزازية اقالة الوكيل بالبيع جائزة عند الامام ومحمد اهـ ومثله فى القنية وزاد أن المعنى فيه كون اقالته تسقط الثمن عن المشترى عندهما ويلزم المبيع الوكيل وعند أبى يوسف لا تسقط الثمن عن المشترى أصلا اهـ ولعل ما فى الظهيرية رواية عن محمد ويؤيده ما فى وكالة كافى الحاكم الشهيد لو وكل رجل رجلا ببيع خادم له فباعها ثم أقال البائع البيع فيها لزمه المال والخادم له وكذلك لو لم يكن قبضها المشترى حتى أقاله من عيب أو من غير عيب اهـ فهذا نص المذهب ومقتضاه انه قول ائمتنا الثلاثة لكونه لم يذكر فيه خلافا وظاهره انه لا فرق بين كونه قبل قبض الثمن أو بعده وهو الوجه لان الاقالة بيع جديد فى حق ثالث وهو الموكل هنا فاذا أقال البائع بلا اذنه لا يصير مشتريا له اذ لا يملك ذلك عليه بل صار البائع مشتريا لنفسه اذ الشراء متى وجد نفاذا لا يتوقف وبه يظهر وجه الفرع الذى ذكره فى البحر عن القنية وهو قوله باعت ضيعة مشتركة بينها وبين ابنها البالغ وأجاز الابن البيع ثم أقالت وأجاز الابن الاقالة ثم باعتها ثانيا بغير اجازته يجوز ولا يتوقف على اجازته لان بالاقالة يعود المبيع الى ملك العاقد لا الى ملك الموكل والمجيز اهـ أى لانها باجازة ابنها البيع الاول صارت وكيلة عنه فيه ثم صارت بالاقالة مشترية لنفسها فلذا انفذ بيعها الثانى بلا اجازة ويظهر مما ذكرنا أن اقالة المتولى أو الوصى البيع فيما تقدم تصح عليه ويضمن فاغتنم تحرير هذا المحل (قوله قبل وبالسلم) أى عند أبى يوسف قال فى جامع الفصولين الوكيل بالسلم لو قبض أدون مما شرط صح وضمن لموكله ما شرط عند أبى حنيفة ومحمد وكذا لو أبرأه عن السلم أو وهبه قبل قبضه أو اقاله أو احتال به صح وضمن عندهما ولم يجز عند أبى يوسف (قوله ولا اقالة فى نكاح الخ) أى لعدم قبول الفسخ بخيار (قوله للحديث) هو قوله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته أخرجه أبو داود وزاد ابن ماجه يوم القيمة ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وعند البيهقى من أقال نادما فتح (قوله وتجب فى عقد مكروه وفاسد) لوجوب رفع كل منهما على المتعاقدين صونا لهما عن المحظور ولا يكون الا بالاقالة كما فى النهاية وتبعه غيره قال فى الفتح وهو مصرح بوجوب التفاسخ فى العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع

مطلب تحرير مهم فى اقالة الوكيل بالبيع

(والالا) الاصل أن من ملك البيع ملك اقالته الا فى خمس الثلاثة المذكورة والوكيل بالشراء قبل وبالسلم أشباه ولا اقالة فى نكاح وطلاق وعتاق جوهرة وابراء بحر من باب التحالف (وهى) مندوبة للحديث وتجب فى عقد مكروه وفاسد بحر

المعصية واجب بقدر الامكان اهـ وظاهر كلام النهاية أن ذلك اقالة حقيقة ومقتضاه انه يترتب عليه أحكام البيع الآتية وأورد عليه أن الفاسد يجب فسخه على كل منهما بدون رضى الآخر وكذا القاضي فسخه بلا رضاهما والاقالة يشترط لها الرضى اللهم الا أن يراد بالاقالة مطلق الفسخ كما أفاده محشي مسكين قلت واليه يشير كلام الفتح المذكور وهو الظاهر لان المقصود منه رفع العقد كانه لم يكن رفعا للمعصية والاقالة تحقق العقد من بعض الاوجه فلا بد أن يكون الفسخ في حق المتعاقدين وحق غيرهما والله سبحانه أعلم (قوله وفيما اذا غرّه البائع يسيرا الخ) أصل البحث لصاحب البحر وضمن الشارح غرّه معنى غبنه والمعنى اذا غرّه غابنا له غبنا يسيرا أي فاذا طلب منه المشتري الاقالة وجبت عليه رفعا للمعصية تأمل (قوله كما سيجيء) أي في آخر الباب الآتي (قوله وحكمها انها فسخ الخ) الظاهر انه أراد بالفسخ الانفساخ لان حكم العقد الاثر الثابت به كالملك في البيع وأما الفسخ بمعنى الرفع فهو حقيقتها (قوله فسخ في حق المتعاقدين) هذا اذا كانت قبل القبض بالاجماع وأما بعده فكذلك عند الامام الا اذا تعذر بأن ولدت المبيعة فتبطل قال أبو يوسف هي بيع الا اذا تعذر بأن وقعت قبل القبض في منقول فتكون فسخا الا اذا تعذر أيضا بأن ولدت المبيعة والاقالة قبل القبض فتبطل وقال محمد هي فسخ ان كانت بالثمن الاول أو بأقل ولو بأكثر أو بجنس آخر فبيع والخلاف مقيد بما اذا كانت بلفظ الاقالة كما يأتي نهر والصحيح قول الامام كما في تصحيح العلامة قاسم (قوله فيما هو من موجبات العقد) قيد به الزيلعي وتبعه أكثر الشرّاح وفيه شيء فان الكلام فيما هو من موجبات العقد لا فيما هو ثابت بشرط زائد اذ الاصل عدمه فقولهم فسخ أي لما أوجبه عقد البيع فهو على اطلاقه تدبر رملي على المنح (قوله اي أحكام العقد) أي ما ثبت بنفس العقد من غير شرط بحر (قوله بشرط زائد) الاولى أن يقول بأمر زائد وذلك كحلول الدين فانه لا ينفسخ بالاقالة ليعود الاجل لان حلوله انما كان برضى من هو عليه حيث ارتضاه ثمنا فقد أسقطه فلا يعود بعد ط (قوله كأنه باعه منه) أي كأن المشتري باع العين من البائع لانه لما سقط الدين سقط الاجل وصارت المقايلة بعد ذلك كأنه باع المبيع من بائعه فيثبت له عليه دين جديد تأمل (قوله ولو ردّه بخيار) أي خيار عيب وعبارة البحر بعيب (قوله لانه فسخ) فان الرد بخيار العيب اذا كان بالقضاء يكون فسخا ولذا يثبت للبائع ردّه على بائعه بخلاف ما اذا كان بالتراضي فانه بيع جديد (قوله لم تعد الكفالة فيهما) أي في الاقالة والرد بعيب بقضاء اهـ ح فتحصل أن الاجل والكفالة في البيع بما عليه لا يعودان بعد الاقالة وفي الرد بقضاء في العيب يعود الاجل ولا تعود الكفالة اهـ ط قلت ومقتضى هذا انه لو كان الرد بالرضى لا تعود الكفالة بالاولى وذكر الرملي في كتاب الكفالة انه ذكر في التتارخانية عن المحيط عدم عودها سواء كان الرد بقضاء أو رضى وعن المبسوط انه ان كان بالقضاء تعود والا فلا ثم قال الرملي والحاصل أن فيها خلافا بينهم (قوله لا قبله مطلقا) أي متصلة أو منفصلة قال في الفتح والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والدفع وان كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها اهـ ومثله في ابن ملك على المجمع لكن قدمنا عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة وقدمنا أيضا أن الرد بالعيب يمتنع في المتصلة الغير المتولدة مطلقا وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط ويوافقه ما في الخامس والعشرين من جامع الفصولين أن الرد بالعيب يمتنع لو الزيادة متصلة لم تتولد اتفاقا كصبغ وبناء والمنفصلة المتولدة كولد وثمر وارش وعقر تمنع الرد وكذا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ والمنفصلة التي لم تتولد ككسب وغلة لا تمنع الرد والفسخ بسائر أسبابه اهـ (تنبيه) قال في الحاوي تقايلا البيع في الثوب بعد ما قطعه المشتري وخاطه قميصا أو في الحديد بعد ما اتخذه سيفا لا تصح الاقالة كمن اشترى غزلا فنسجه أو حنطة فطحنها وهذا اذا تقايلا الا على أن يكون الثوب للبائع والخياطة للمشتري يعني يقال للمشتري افتق الخياطة وسلم الثوب لما فيه من ضرر المشتري فلو رضي بكون الخياطة للبائع بأن يسلم الثوب اليه كذلك نقول تصح اهـ وفي حاشية الخير الرملي على الفصولين وقد سئلت في مبيع استغله المشتري هل تصح الاقالة فيه فأجبت بقولي نعم وتطيب الغلة له والغلة اسم للزيادة المنفصلة كأجرة الدار وكسب العبد فلا يخالف ما في الخلاصة من قوله رجل باع آخر كرما فسلمه اليه فأكل ثمرته سنة ثم تقايلا لا تصح وكذا اذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها الاجنبي اهـ (قوله وتصح بمثل الثمن الاول) حتى لو كان الثمن عشرة دنانير فدفع اليه دراهم ثم تقايلا وقد رخصت الدنانير رجع

وفيما اذا غرّه البائع يسيرا نهر بحثا فلو فاحشا فله الرد كما سيجيء

وحكمها انها (فسخ في حق المتعاقدين فيما هو من موجبات) بفتح الجيم أي أحكام (العقد) أما لو وجب بشرط زائد كانت بيعا جديدا في حقهما أيضا كأن شرى بدينه المؤجل عينا ثم تقايلا لم يعد الاجل فيصير دينه حالا كأنه باعه منه ولو ردّه بخيار بقضاء عاد الاجل لانه فسخ ولو كان به كفيل لم تعد الكفالة فيهما خانية ثم ذكر لكونها فسخا فروعا (فـ) الاول انها (تبطل بعد ولادة المبيعة) لتعذر الفسخ بالزيادة المنفصلة بعد القبض حقا للشرع لا قبله مطلقا ابن ملك (و) الثاني (تصح بمثل الثمن الاول

بالدنانيرلا بما دفع وكذا الورد بعيب وكذا فى الاجرة لو فسخت ولو عقد بدراهم فكسدت ثم تقايلا ردّ الكاسد كذا فى الفتح نهر (قوله وبالسكوت عنه) المراد أنّ الواجب هو الثمن الاوّل سواء سماه أولا قال فى الفتح والاصل فى لزوم الثمن أنّ الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين وحقيقة الفسخ ليس الا رفع الاوّل كأن لم يكن فيثبت الحال الاوّل وثبوته برجوع عين الثمن الى مالكه كأن لم يدخل فى الوجود غيره وهذا يستلزم تعين الاوّل ونفى غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس اهـ (قوله ويردّ مثل المشروط الخ) ذكر هذا هنا غير مناسب لانه ليس من فروع كونها فسخا بل من فروع كونها بيعا ولذا ذكره الزيلعى وغيره فى محترزات قوله فيما هو من موجبات العقد فقال وكذا لو قبض أردى من الثمن الاوّل أو أجود منه يجب ردّ مثل المشروط فى البيع الاوّل كأنه باعه من البائع بمثل الثمن الاوّل وقال الفقيه أبو جعفر عليه ردّ مثل المقبوض لانه لو وجب عليه ردّ مثل المشروط للزمه زيادة ضرر بسبب تبرّعه ولو كان الفسخ بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء يجب ردّ المقبوض اجماعا لانه فسخ من كل وجه اهـ ومثله فى المنح فافهم (قوله ولو تقايلا الخ) قدمناه آنفا عن النهر (قوله لم تجز اقالته) مراعاة للوقف والصغير منح وينبغى أن تجوز على نفسه فى مسألة البيع كما قدمناه (قوله وان شرط غير جنسه) متعلق بما قبل الاستثناء فكان ينبغى تقديمه عليه اهـ ح (قوله أو أكثر منه) أى من الثمن الاوّل أو من الجنس (قوله أو أجله) بأن كان الثمن حالا فأجله المشترى عند الاقالة فانّ التأجيل يبطل وتصح الاقالة وان تقايلا ثم أجله ينبغى أن لا يصح الاجل عند أبى حنيفة فانّ الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده كذا فى القنية بحر لكن تقدّم فى البيع الفاسد انه لا يصح البيع الى قدوم الحاج والحصاد والدياس ولو باع مطلقا ثم أجل اليها صح التأجيل وقدّمنا أيضا تصحيح عدم التحاق الشرط الفاسد (قوله الا مع تعيبه) أى تعيب المبيع عند المشترى فانها تصح بالاقل وصار المحطوط بازاء نقصان العيب قهستانى (قوله لا أزيد ولا أنقص) فلو كان أزيد أو أنقص هل يرجع بكل الثمن أو ينقص بقدر العيب ويرجع بما بقى فليراجع ط قلت الظاهر الثانى لانّ الاقالة عند التعيب جائزة بالاقل والمراد نفى الزيادة والنقصان عن مقدار العيب فصار الباقى بمنزلة أصل الثمن فتلغو الزيادة والنقصان فقط ويرجع بما بقى والله أعلم (تنبيه) علم من كلامهم انه لو زال العيب فأقال على أقل من الاوّل لا يلزم الا الاوّل بقى لو زال بعد الاقالة هل يرجع المشترى على البائع بنقصان العيب الذى أسقطه من الثمن الاوّل مقتضى كونها فسخا فى حقهما انه يرجع ونظيره ما قدمناه فى أوائل باب خيار العيب لو صالحه عن العيب ثم زال رجع البائع تامّل وفى التتارخانية تعيبت الجارية بيد المشترى بفعله أو بآفة سماوية وتقايلا ولم يعلم البائع بالعيب وقت الاقالة ان شاء أمضى الاقالة وان شاء ردّ وان علم به لا خيار له اهـ قال الخير الرملى فى حواشى المنح بعد نقله أقول فلو تعذر الردّ بهلاك المبيع هل يرجع بنقصان العيب بمقتضى جعلها بيعا جديدا أم لا لانها فسخ فى حقهما الظاهر الثانى اهـ وهذا يؤيد ما قلنا (قوله قيل الخ) نقله فى البحر عن البناية عن تاج الشريعة ولم يعبر عنه بقيل ولعل الشارح أشار الى ضعفه لمخالفته اطلاق ما فى الزيلعى والفتح من نفى الزيادة والنقصان مع أنّ وجه هذا القول ظاهر لانّ المراد بما يتغابن فيه ما يدخل تحت تقويم المقوّمين فلو كان المبيع ثوبا حدث فيه عيب بعضهم يقول ينقصه عشرة وبعضهم احد عشر فهذا الدرهم يتغابن فيه نعم لو اتفق المقوّمون على شئ خاص تعين نفى الزيادة تأمل (قوله لا تفسد بالشرط الفاسد) كشرط غير الجنس أو الاكثر أو الاقل كما علمت (قوله وان لم يصح تعليقها به) مثل له فى البحر بما قدّمناه عن البزازية من قول المشترى للبائع ان وجدت مشتريا بأزيد فبعه منه (قوله كما سيجئ) أى قبيل باب الصرف اهـ ح (قوله والرابع الخ) صورته باع زيد من عمرو شيأ منقولا كثوب وقبضه ثم تقايلا ثم باعه زيد ثانيا من عمرو قبل قبضه منه جاز البيع لانّ الاقالة فسخ فى حقهما فقد عاد الى البائع ملكه السابق فلم يكن بائعا ما شراه قبل قبضه (قوله ولو كان) أى عقد المقايلة (قوله لبطل) أى فسد وبه عبر المصنف ووجهه انه باع المنقول قبل قبضه ط (قوله كبيعه من غير المشترى) أى كما لو باعه البائع المذكور من غير المشترى قبل قبضه من المشترى فيفسد البيع لكون الاقالة بيعا جديدا فى حق ثالث فصار بائعا ما شراه قبل قبضه بخلاف ما اذا باعه من المشترى لما علمت (قوله جاز قبض المكيل والموزون) المراد جواز التصرّف به ببيع أو أكل بلا اعادة كيله أو وزنه ولو كانت الاقالة بيعا لم يجز ذلك كما سيأتى فى بابه وقوله

وبالسكوت عنه) ويردّ مثل المشروط ولو المقبوض أجود أو أردأ ولو تقايلا وقد كسدت ردّ الكاسد (الا اذا باع المتولى أو الوصى للوقف أو للصغير شيأ بأكثر من قيمته أو اشتريا شيأ بأقل منها) للوقف أو للصغير لم تجز اقالته ولو بمثل الثمن الاوّل وكذا المأذون كما مرّ (وان) وصلية (شرط غير جنسه أو أكثر منه أو) أجله وكذا فى (الاقل الا مع تعيبه) فتكون فسخا بالاقل لو بقدر العيب لا أزيد ولا أنقص قيل الا بقدر ما يتغابن الناس فيه (و) الثالث (لا تفسد بالشرط الفاسد) (وان لم يصح تعليقها به) كما سيجئ (و) الرابع (جاز للبائع بيع المبيع منه) ثانيا بعدها (قبل قبضه) ولو كان بيعا فى حقهما لبطل كبيعه من غير المشترى عينى (و) الخامس (جاز قبض المكيل والموزون منه) بعدها (بلا اعادة كيله ووزنه و) السادس (جاز هبة المبيع منه بعد الاقالة

منه أى من المشترى متعلق بقبض (قوله قبل القبض) متعلق بهبة وفائدته انه لو كانت الاقالة بيعا انفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض كما فى البحر واذا انفسخ لم تصح الهبة (قوله بيع فى حق ثالث) انما كانت عنده فسخا فى حقهما لانها تنبىء عن الفسخ والرفع وبيعا فى حق الثالث ضرورة انه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فحمل عليه لعدم ولايتهما على غيرهما كما فى الزيلعى وتوضيحه فى الشرنبلالية عن الجوهرة (قوله بلفظ الاقالة) أى صريحا أو ضمنا لانها قد تكون بالتعاطى كما مر فالمراد الاحتراز عما لو كانت بلفظ فسخ ونحوه أو بيع (قوله فى غير العقار) أى فى المنقول لانه لا يجوز بيعه قبل قبضه أما فى العقار فهى بيع مطلقا لجواز بيعه قبل قبضه وما ذكره الشارح من كونها بيعا بعد القبض فسخا قبله هو ما جزم به الزيلعى وذكر فى البحر عن البدائع أن هذا رواية عن أبى حنيفة قال وظاهره ترجيح الاطلاق اه ويؤيده ما فى الجوهرة من انه لا خلاف بينهم انها بيع فى حق الغير سواء كانت قبل القبض أو بعده وحمله على العقار بعيد فليتأمل (قوله لم تجعل بيعا اتفاقا) اعمالا لموضوعه اللغوى ط عن الدرر (قوله ولو بلفظ البيع) كما لو قال البائع له بعنى ما اشتريت فقال بعت كان بيعا بحر (قوله فبيع اجماعا) أى من أبى يوسف ومنهما فيجرى فيها حكم البيع حتى اذا دفع السلعة من غير بيان الثمن كان بيعا فاسدا ط وكذا يفسد لو كان المبيع منقولا قبل قبضه وما فى ح من انها بيع لو بعد القبض والا فسخ لئلا يلزم بيع المنقول قبل قبضه ففيه أن هذا التفصيل فى لفظ الاقالة والكلام فى لفظ البيع فافهم ولا يرد ما قدمناه عن البزازية من أن المشترى لو قال للبائع بعه لنفسك فلو باع جاز وانفسخ الاول لان المراد بالبيع هنا أن يبيعه المشترى للبائع وفيما مر اذنه بالبيع لنفسه يقتضى تقدم الاقالة كما قدمناه (قوله وثمرته) أى ثمرة كونها بيعا فى حق ثالث (قوله فلم الشفيع الشفعة) قيد به لتظهر فائدة كونها بيعا والا لو لم يسلم بأن أقال قبل أن يعلم الشفيع بالبيع فله الاخذ بالشفعة أيضا ان شاء بالبيع الاول وان شاء بالبيع الحاصل بالاقالة تأمل رملى (قوله قضى له بها) أى اذا طلبها عند علمه بالمقايلة (قوله والثانى لا يرد الخ) أى اذا باع المشترى المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان فى يد البائع فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع فى حقه فكأنه اشتراه من المشترى بحر فالثالث هنا هو البائع الاول وهذا كما فى الشرنبلالية حيلة للشراء بأقل مما باع قبل نقد ثمنه (قوله لانه) أى الموهوب له لما تقايل مع المشترى صار كالمشترى من المشترى منه فكأنه عاد اليه الموهوب بملك جديد وذلك مانع من رجوع الواهب فى هبته فالثالث هنا هو الواهب (قوله والرابع المشترى الخ) صورته اشترى شيأ فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشترى ثم ان البائع اشتراه من المشترى بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل فى حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد فتح (قوله اذا رد بعيب بلا قضاء اقالة) أى والاقالة بيع جديد فى حق الفقير فيكون بالبيع الاول مستهلكا للعروض فتجب الزكاة ولو كانت الاقالة فسخا فى حق الفقير لارتفع البيع الاول وصار كأنه لم يبع وقد هلكت العروض فلا تجب الزكاة اه ح وعن هذا قيد المصنف بكون العبد للخدمة اذ لو كان للتجارة لم يكن البيع استهلاكا فاذا هلكت العروض بعد الرد لم تجب زكاتها وكذا قيد بكون الرد بغير قضاء لانه بالقضاء يكون فسخا فى حق الكل فكأنه لم يصدر بيع فلا تجب زكاتها بهلاكها كما بعده أفاده ط بقى شىء وهو أن كون الاقالة بيعا فى حق ثالث شرطه كونها بلفظ الاقالة كما قدمه والرد بلا قضاء ليس فيه لفظها والجواب أن هذا الرد اقالة حكما وليس المراد خصوص حروف الاقالة كما نبهنا عليه فيما مر فتدبر (قوله التقابض فى الصرف) لما مر من أن قبض بدليه شرط فى صحتها قال فى الفتح لانه مستحق الشرع فكان بيعا جديدا فى حق الشرع (قوله ووجوب الاستبراء) أى اذا اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا البيع نزل هذا التقايل منزلة البيع فى حق ثالث حتى لا يكون للبائع الاول وطؤها الا بعد الاستبراء حموى عن ابن ملك (قوله لانه حق الله تعالى) علة للمسألتين (قوله والاقالة بعد الاجارة والرهن) أى لو اشترى دارا فأجرها أو رهنها ثم تقايل مع البائع ذكر فى النهر أخذا من قولهم انها بيع جديد فى حق ثالث انها تتوقف على اجازة المرتهن أو قبضه دينه وعلى اجازة المستأجر (قوله فالمرتهن ثالثهما) الاولى زيادة المستأجر (قوله فهى تسعة) يزاد ما قدمه فى قوله أما لو وجب بشرط زائد كانت بيعا جديدا فى حقهما أيضا الخ وقدمنا أن من فروع ذلك ما ذكره بعده من قوله ويرد مثل المشروط ولو المقبوض أجود

قبل القبض) ولو كان بيعا فى حقهما لما جاز كل ذلك (و) انما (هى بيع فى حق ثالث) اى لو بعد القبض بلفظ الاقالة فلو قبله فهى فسخ فى حق الكل فى غير العقار ولو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعا اتفاقا ولو بلفظ البيع فبيع اجماعا وثمرته فى مواضع (ف) الاول (لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا قضى له بها) لكونها بيعا جديدا فكان الشفيع ثالثهما (و) الثانى (لا يرد البائع الثانى على الاول بعيب علمه بعدها) لانه بيع فى حقه (و) الثالث (ليس للواهب الرجوع اذا باع الموهوب له الموهوب من آخر ثم تقايلا) لانه كالمشترى من المشترى منه (و) الرابع (المشترى اذا باع المبيع من آخر قبل نقد الثمن جاز للبائع شراؤه منه بالاقل و) الخامس (اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليها الحول ووجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت فى يده لم تسقط الزكاة) فالفقير ثالثهما اذا رد بعيب بلا قضاء اقالة ويزاد التقابض فى الصرف ووجوب الاستبراء لانه حق الله تعالى فالله ثالثهما صدر الشريعة والاقالة بعد الاجارة والرهن فالمرتهن ثالثهما نهر فهى تسعة

(و) الاقالة (يمنع صحتها هلاك المبيع) ولو حكما كاباق (لا الثمن) ولو فى بدل الصرف (وهلاك بعضه يمنع) الاقالة (بقدره) اعتبارا للجزء بالكل وليس منه مالو شرى صابونا فجف فتقايلا لبقاء كل المبيع فتح (واذا هلك احد البدلين فى المقايضة) وكذا فى السلم (صحت) الاقالة (فى الباقى منهما وعلى المشترى قيمة الهالك ان قيميا ومثله ان مثليا ولو هلكا بطلت) الا فى الصرف (تقايلا فابق العبد من يد المشترى وعجز عن تسليمه او هلك المبيع بعدها قبل القبض بطلت) بزازية (وان اشترى أرضا مشجرة فقطعه أو (عبدا فقطعت يده وأخذ أرشهما ثم تقايلا صحت ولزمه جميع الثمن ولا شئ لبائعه من ارش الشجر واليدان عالما به) بقطع اليد والشجر (وقت الاقالة وان غير عالم خير بين الاخذ بجميع ثمنه او الترك) قنية وفيها شرى أرضا مزروعة ثم حصده ثم تقايلا صحت فى الارض بحصتها ولو تقايلا بعد ادراكه لم يجز وفيها تقايلا ثم علم أن المشترى كان وطئ المبيعة ردها وأخذ ثمنها وفيها مؤنة الرد على البائع مطلقا (وتصح اقالة الاقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلاها) اى الاقالة (ارتفعت وعاد) البيع

أو أردى (قوله ويمنع صحتها هلاك المبيع) لما مر أن من شرطها بقاء المبيع لانها رفع العقد والمبيع محله بحر وكذا هلاكه بعد الاقالة وقبل التسليم يبطلها كما يأتى وقدمنا عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنعها (قوله كاباق) تمثيل للهلاك حكما اى لو أبق قبل الاقالة أو بعدها ولم يقدر على تسليمه (قوله ولو فى بدل الصرف) لان المعقود عليه الذى وجب لكل واحد منهما بذمة صاحبه وهذا اباق نهر والاولى أن يقول ولو فى بدلى الصرف وكانه نظر الى أن لفظ بدل نكرة مضافة فتعم (قوله وهلاك بعضه) اى بعض المبيع كما يأتى تصويره فى قوله شرى أرضا مزروعة الخ (قوله اعتبارا للجزء بالكل) يعنى هلاك الكل كما منع فى الكل فهلاك البعض يمنع فى البعض وفيه اشارة الى انه لو قايله فى بعض المبيع وقبله صح وبه صرح فى الحاوى سائحانى وقدمنا اول الباب عبارة الحاوى (قوله وليس منه) اى من هلاك البعض فليس له أن ينقص شيأ من الثمن لجفافه ط (قوله فى المقايضة) بالياء المثناة التحتية وهى بيع عين بعين كأن تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد فى يد بائع الجارية ثم أقالا البيع فى الجارية وجب رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائما وتمامه فى العناية (قوله وكذا فى السلم) قال فى البحر ثم اعلم انه لا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الاقالة اقالة السلم قبل قبض المسلم فيه فانها صحيحة سواء كان رأس المال عينا أو دينا وسواء كان قائما فى يد المسلم اليه او هالكا لان المسلم فيه وان كان دينا حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه واذا صحت فان كان رأس المال عينا ردت وان كانت هالكة رد المثل ان كان مثليا والقيمة ان كان قيميا وكذا اقالته بعد قبض المسلم فيه ان كان قائما ويرد رب السلم عين المقبوض لكونه متعينا كذا فى البدائع اهـ ح (قوله ولو هلكا) اى البدلان (قوله الا فى الصرف) فهلاك بدليه لا يبطل الاقالة لما مر أن المعقود عليه ما فى ذمة كل من المتعاقدين (قوله تقايلا فابق العبد) أراد به أن الهلاك كما يمنع ابتداء الاقالة يمنع بقاءها اهـ ح وبه صرح فى النهر (قوله او هلك المبيع) اى حقيقة لان الاباق هلاك لكنه حكمى والحاصل أن قول المصنف ويمنع صحتها هلاك المبيع لا يختص بكون الهلاك قبل الاقالة بل مثله ما اذا كان الهلاك حقيقة أو حكما بعد الاقالة قبل التسليم الى البائع ونص عبارة البزازية هلك المبيع بعد الاقالة قبل التسليم بطلت اهـ ثم رأيت الرملى فى حاشية البحر نقل هذه العبارة عن البزازية ونقلها أيضا بعينها عن مجمع الفتاوى وعن مجمع الرواية شرح القدورى عن شرح الطحاوى ثم قال ومثله فى كثير من الكتب اهـ وبه سقط ما قيل ان هذه العبارة ليست فى البزازية بل ذكرها فى البحر بلا عزو بدون قوله قبل القبض اهـ فافهم (قوله بزازية) عزوا قوله تقايلا الخ نبه به على انه ليس من مسائل المتون (قوله مشجرة) فى القاموس أرض شجرة ومشجرة وشجراء كثيرة الشجر اهـ فهى بفتح الميم والجيم والراء كما يقال أرض مسبعة على وزن مرحلة كثيرة السباع كما فى القاموس أيضا فافهم (قوله فقطعه) اى المشترى والضمير للشجر المعلوم من مشجرة ط (قوله من ارش الشجر واليد) فى المصباح ارش الجراحة ديتها واصله الفساد ثم استعمل فى نقصان الاعيان لانه فساد فيها اهـ فالمراد هنا بدل الفساد أى بدل نقصان المبيع فافهم (قوله قنية) عزوا لقوله وان اشترى الخ وقد نقل ذلك عنها فى البحر ثم قال ورقم برقم آخر أن الاشجار لا تسلم للمشترى وللبائع أخذ قيمتها منه لانها موجودة وقت البيع بخلاف الارش اى ارش اليد فانه لم يدخل فى البيع اصلا لا قصدا ولا ضمنا اهـ قال الخير الرملى وعليه فكل شئ موجود وقت البيع للبائع أخذ قيمته دخل ضمنا او قصدا وكل شئ لم يدخل اصلا لا قصدا ولا ضمنا ليس للبائع أخذه وينبغى ترجيح هذا لما فيه من دفع الضرر عنه اهـ (قوله صحت فى الارض بحصتها) الفرق بينه وبين الشجر أن الشجر يدخل فى بيع الارض تبعا بخلاف الزرع كما فى البحر اهـ ح اى ان الزرع لا يدخل فى بيع الارض الا اذا نص عليه فيكون بعض المبيع فله حصة من الثمن بخلاف الشجر وعلى النقل الآخر عن القنية لا فرق بينهما (قوله ولو تقايلا بعد ادراكه) اى فى يد المشترى لم يجز لان العقد انما ورد على القصيل دون الحنطة بحر عن القنية اى والحنطة زيادة منفصلة متولدة وهى مانعة كما قدمناه عن جامع الفصولين (قوله ردها وأخذ ثمنها) اى له ذلك وقدمنا أن ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة وقدم المصنف فى خيار العيب انه لو وطئ الجارية أو قبلها او مسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا اى ولو ثيبا (قوله وفيها مؤنة الرد على البائع مطلقا) لانه عاد الى ملكه فمؤنة رده عليه قال القاضى بديع الدين سواء تقايلا بحضرة المبيع او بغيبته اهـ منح وهذا معنى قوله مطلقا وان لم يذكر فى عبارة القنية

فسقط ماقيل انّ الصواب اسقاطه فافهم (قوله الا اقالة السلم) اى قبل قبض المسلم فيه فلو بعده صحت كما نعرفه (قوله لكون المسلم فيه دينا سقط) اى بالاقالة فلو انفسخت الاقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الاقالة فى البيع لانه عين فامكن عوده الى ملك المشترى بحر من باب السلم (قوله رأس المال) اى مال السلم (قوله كهو قبلها) اى حكمه بعدها كحكمه قبلها وفيه ادخال الكاف على ضمير الرفع المنفصل وهو مختص بالضرورة وكذا قوله كقبلها فيه أن الظروف التى تقع غايات لا تجرّ الا بمن حموى (قوله فلا يتصرّف فيه) اى بنحو بيع وشركة قبل قبضه فلا يجوز لرب السلم شراء شئ من المسلم اليه برأس المال بعد الاقالة قبل قبضه اى قبل قبض رب السلم رأس المال من المسلم اليه وهذا فى السلم الصحيح فلو فاسدا جاز الاستبدال كسائر الديون كما ذكره الشارح فى بابه وفيه كلام سيأتى هناك (قوله الا فى مسألتين) استثناء من قوله كهو قبلها (قوله لو اختلفا فيه) اى فى رأس المال بعدها اى بعد الاقالة يعنى وقبل تسليم المسلم فيه لما فى سلم البحر عن الذخيرة لو تقايلا بعد ما سلم المسلم اليه المسلم فيه ثم اختلفا فى رأس المال تحالفا لانّ المسلم فيه عين قائمة وليس بدين فالاقالة هنا تحتمل الفسخ قصدا اه وهذا صريح فى أن اقالة الاقالة فى السلم جائزة لو بعد قبض المسلم فيه (قوله فلا تحالف) بل القول فيه قول المسلم اليه ذخيرة بخلاف ما قبلها ط عن أبى السعود قال ح لانّ التحالف باعتبار أنّ اختلافهما فى رأس المال اختلاف فى نفس العقد ولا عقد بعد الاقالة (قوله ولو تفرّقا قبل قبضه) اى قبض رأس مال السلم بعد الاقالة جاز لانّ قبضه شرط حال بقاء العقد لا بعد اقالته (قوله الا فى الصرف) استثناء منقطع اه ح لانّ اصل الكلام فى رأس المال فالاولى أن يقول بخلاف الصرف فانّ الحاصل أن رأس المال فى السلم بعد الاقالة لا يجوز الاستبدال به ولا يجب قبضه فى مجلسها وبدل الصرف بالعكس فان قبضه فى مجلس الاقالة شرط لصحتها ويجوز الاستبدال به قال فى البحر من السلم ووجه الفرق أن القبض فى مجلس العقد فى البدلين ما شرط لعينه بل للتعيين وهو أن يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين ولا حاجة الى التعيين فى مجلس الاقالة فى السلم لانه لا يجوز استبداله فتعود اليه عينه فلا تقع الحاجة الى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف الصرف لانّ التعيين لا يحصل الا بالقبض لانّ استبداله جائز فلا بدّ من شرط القبض فى مجلس التعيين اه وحاصله أن السلم لما لم يجز الاستبدال به قبل قبضه لم يلزم قبضه فى مجلس الاقالة لانّ التعيين موجود بخلاف الصرف فانه لما جاز استبداله لزم قبضه ليحصل التعيين (قوله اختلف المتبايعان الخ) كان الاولى ذكر هذه المسألة فى باب البيع الفاسد ولكن مناسبتها هنا ذكر المسألة المستثناة (قوله فالقول لمدّعى البطلان) لانّ انعقاد البيع حادث والاصل عدمه اه ح فهو منكر لاصل العقد (قوله لمدّعى الصحة) لانهما لما اتفقا على العقد كان الظاهر من اقدامهما عليه صحته اه ح ولانّ مدّعى الفساد يدّعى حق الفسخ وخصمه ينكر ذلك والقول للمنكر ط ولو برهنا فالبينة بينة الفساد وهذا لو ادّعى الفساد بشرط فاسد او اجل فاسد باتفاق الروايات وان كان لمعنى فى صلب العقد بأن ادّعى انه اشتراه بألف درهم وبرطل خمر والآخر يدّعى البيع بألف درهم فيه روايتان عن أبى حنيفة فى ظاهر الرواية القول لمدّعى الصحة أيضا والبينة بينة الآخر كما فى الوجه الاول وفى رواية القول لمدّعى الفساد خانية ولم يذكر هنا ما لو اختلفا فى انه تلجئة أو جدّ او اختلفا فى أنه بات أو وفاء لانه سيذكر ذلك آخر باب الصرف (قوله قلت الا فى مسألة) الاستثناء من صاحب الاشباه وعزافيها المسألة الى الفتح (قوله وادّعى البائع الاقالة) اى به كما فى الفتح والظاهر أنّ الضمير فى به عائد الى الاقل المذكور لا الى الثمن فصورة المسألة اشترى زيد من عمرو ثوبا بألف ثم ردّ زيد الثوب اليه قبل نقد الثمن وادّعى انه باعه منه قبل النقد بتسعين وفسد البيع بذلك وادّعى البائع انه ردّه اليه على وجه الاقالة بالتسعين فالقول لزيد المشترى اى مع يمينه فى انكار الاقالة كما فى الفتح ووجهه كما قال الحموى أن دعوى الاقالة تستلزم دعوى صحة البيع لانها لا تكون الا فى الصحيح اه قلت لكن تقدّم انها تجب فى عقد مكروه وفاسد مع ما فيه من الكلام ويظهر لى أن وجهه هو أن المشترى لما ادّعى بيعه بالتسعين لم يجب له غيرها ومدّعى الاقالة يدّعى أن الواجب المائة لانّ الاقالة ان كانت بمائة فظاهر وان كانت بتسعين فلانها لا تكون الا بمثل الثمن الاول وان شرط أقلّ منه كما مرّ فقد صار مقرّا للمشترى بالعشرة والمشترى يكذّبه فلغا كلام مدّعى الاقالة تأمل (قوله ولو بعكسه) بأن ادّعى زيد المشترى الاقالة وادّعى عمرو البائع انه اشتراه من المشترى

(الا اقالة السلم) فانها لا تقبل الاقالة لكون المسلم فيه دينا سقط والساقط لا يعود أشباه وفيها رأس المال بعد الاقالة كهو قبلها فلا يتصرّف فيه بعدها كقبلها الا فى مسألتين لو اختلفا فيه بعدها فلا تحالف ولو تفرّقا قبل قبضه جاز الا فى الصرف وفيها اختلف المتبايعان فى الصحة والبطلان فالقول لمدّعى البطلان وفى الصحة والفساد لمدّعى الصحة قلت الا فى مسألة اذا ادّعى المشترى بيعه من بائعه بأقلّ من الثمن قبل النقد وادّعى البائع الاقالة فالقول للمشترى مع دعواه الفساد ولو بعكسه

مطلب
فى اختلافهما فى الصحة والفساد او فى الصحة والبطلان

بتسعين (قوله تحالفا) وجهه ان المشترى بدعواه الاقالة يدعى أنّ الثمن الذى يستحقه بالرد مائة والبائع بدعواه الشراء بالتسعين يدعى أن الثمن الواجب ردّه للمشترى تسعون فنزل اختلافهما فيما يجب تسليمه الى المشترى بمنزلة اختلافهما فى قدر الثمن الموجب للتحالف بالنص والافالمائة التى هى الثمن الاول انما تردّ الى المشترى بحكم الاقالة فى البيع الاول وهى غير التسعين التى هى الثمن فى البيع الثانى أفاده الحموى قلت وفيه أن الكلام فيما قبل نقد المشترى الثمن وأيضا فمسألة التحالف عند اختلاف المتبايعين ورد بها النص على خلاف القياس فكيف يقاس عليها غيرها مع عدم التماثل والذى يظهر لى أن المسألة مفرّعة على قول أبى يوسف ان الاقالة بيع لافسخ وحينئذ فقد توافقا على البيع الحادث لكن المشترى يدّعيه بوجه الاقالة والواجب فيها مائة والبائع يدّعيه بالبيع بالاقل وذلك اختلاف فى الثمن فى عقد حادث والله اعلم فافهم (قوله بشرط قيام المبيع الخ) هذا شرط التحالف مطلقا قال فى الاشباه يشترط قيام المبيع عند الاختلاف فى التحالف الا اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى كما فى الهداية اه فانه اذا استهلكه غير المشترى تكون قيمة العين قائمة مقامها وأما اذا استهلكه المشترى فى يد البائع نزل قابضا وامتنعت الاقالة وكذا اذا استهلكه أحد فى يده لفقد شرط الصحة وهو بقاء المبيع ومحل عدم التحالف عند هلاك المبيع اذا كان الثمن دينا أما اذا كان عينا بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين فانهما يتحالفان من غير خلاف لان المبيع فى أحد الجانبين قائم ويردّ مثل الهالك أو قيمته والمصير الى التحالف فرع العجز عن اثبات الزيادة بالبينة وتمامه فى حاشية الاشباه لابى السعود ط (قوله نزله) بضم النون والزاى والمراد ثمرته اه ح (قوله لم تصح) تمام عبارة الخلاصة وكذا اذا هلكت الزيادة المتصلة او المنفصلة او استهلكها أجنبى اه اقول ينبغى تقييد المسألة بما اذا حدثت هذه الزيادة بعد القبض أما قبله فلا تمنع الاقالة كما فى الرد بالعيب تأمل وفى التتارخانية ولو اشترى أرضا فيها نخل فأكل الثمر ثم تقايلا قالوا انه تصح الاقالة ومعناه على قيمته الا أن يرضى البائع أن يأخذها كذلك اه رملى على المنح وبما ذكره من التقييد يندفع ما يتوهم من منافاة ما فى الخلاصة لما مرّ من أن هلاك بعضه يمنع الاقالة بقدره ولما مرّ فى قوله شرى أرضا مزروعة الخ ومثله مسألة التتارخانية المذكورة ويؤيده ما قدمناه من أن الزيادة المنفصلة المتولدة تمنع لو بعد القبض والله سبحانه أعلم

* باب المرابحة والتولية) *

وجه تقديم الاقالة عليهما أن الاقالة بمنزلة المفرد من المركب لانها انما تكون مع البائع بخلاف التولية والمرابحة فانهما أعمّ من كونهما مع البائع وغيره ط وأيضا فالاقالة متعلقة بالمبيع لا بالثمن ولذا كان من شروطها قيام المبيع والتولية والمرابحة متعلقتان أصالة بالثمن والاصل هو المبيع (قوله لما بين المثمن الخ) قال فى الغاية لما فرغ من بيان انواع البيوع اللازمة وغير اللازمة كالبيع بشرط الخيار وكانت هى بالنظر الى جانب المبيع شرع فى بيان انواعها بالنظر الى جانب الثمن كالمرابحة والتولية والربا والصرف وتقديم الاوّل على الثانى لاصالة المبيع دون الثمن اه ط عن الشلبى (قوله ولم يذكر المساومة) هى البيع بأى ثمن كان من غير نظر الى الثمن الاوّل وهى المعتادة (قوله والوضيعة) هى البيع بمثل الثمن الاول مع نقصان يسير اتقانى وفى البحر هى البيع بأنقص من الاول وقدمنا اول البيوع عن البحر خامسا وهو الاشتراك اى أن يشرك غيره فيما اشتراه اى بأن يبيعه نصفه مثلا لكنه غير خارج عن الاربعة (قوله وشرعا بيع ما ملكه بما قام عليه وبفضل) عدل عن قول الكنز هو بيع بثمن سابق لما أورد عليه من أنه غير مطرد ولا منعكس اى غير مانع ولا جامع أما الاول فلأن من شرى دنانير بالدراهم لا يجوز له بيعها مرابحة وكذا من اشترى شيأ بثمن نسيئة لا يجوز له أن يرابح عليه مع صدق التعريف عليهما وأما الثانى فلأنّ المغصوب الآبق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيع الغاصب له مرابحة بأن يقول قام علىّ بكذا ولا يصدق التعريف عليه لعدم الثمن وكذا لو رقم فى الثوب مقدارا ولو ازيد من الثمن الاول ثم رابحه عليه جاز كما سيأتى بيانه عند ذكر الشارح له وكذا لو ملكه بهبة او ارث او وصية وقوّمه قيمة ثم رابحه على تلك القيمة ولا يصدق التعريف عليهما لكن اجيب عن مسألة الدنانير بأن الثمن المطلق يفيد أن مقابله مبيع متعين ولذا قال الشارح من العروض ويأتى بيانه وعن مسألة الاجل بأن الثمن

تحالفا بشرط قيام المبيع الا اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى ورأيت معزيا للخلاصة باع كرما وسلمه فأكل مشتريه نزله سنة ثم تقايلا لم تصح

* (باب المرابحة والتولية) *

لما بين المثمن شرع فى الثمن ولم يذكر المساومة والوضيعة لظهورهما (المرابحة) مصدر رابح وشرعا (بيع ما ملكه)

مقابل بشيئين اى بالمبيع وبالاجل فلم يصدق فى احدهما انه بثمن سابق وقول البحر انه لا يرد لجوازها اذا بين أنه اشتراه نسيئة رده فى النهر بأن الجواز اذا بين لا يختص بذلك بل هو فى كل ما لا تجوز فيه المرابحة كما لو اشترى من اصوله او فروعه جاز اذا بين كما سيأتى وعن مسائل العكس بأن المراد بالثمن ما قام عليه بلا خيانة وتمامه فى النهر فكان الاولى قول المصنف تبعا للدرر بيع ما ملكه الخ لعدم احتياجه الى تحرير المراد ولانه لا يدخل فيه مسألة الاجل لانه اذا لم يبين الاجل لم يصدق عليه أنه بيع ما ملكه بما قام عليه لما علمت (قوله من العروض) احتراز عما ذكرنا من أنه لو شرى دنانير بدراهم لا يجوز له بيعها مرابحة كما فى الزيلعى والبحر والنهر والفتح وعلله فى الفتح بأن بدلى الصرف لا يتعينان فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعا اهـ لكن هذا وارد على تعريف المصنف اذ لا دلالة فيه عليه بخلاف تعريف الكنز وغيره فان قوله بالثمن السابق دليل على أن المراد بما ملكه المبيع المتعين لان كون مقابله ثمنا مطلقا يفيد أن ما ملكه بالضرورة مبيع مطلقا كما فى الفتح وقول المصنف بما قام عليه ليس المراد به الثمن لما مر فلذا زاد الشارح قوله من العروض تتميما للتعريف (قوله ولو بهبة الخ) تعميم لقوله ما ملكه أشار به الى دخول هذه المسائل فيه كما علمت (قوله فانه اذا ثمنه الخ) جواب اذا قوله جاز وعدل عن قول غيره وقومه قيمة ليشمل المثلى وحاصله أن ما وهب له ونحوه مما لم يملكه بعقد معاوضة اذا قدر ثمنه وضم اليه مؤنته مما يأتى يجوز له أن يبيعه مرابحة وكذا اذا رقم على ثوب رقما كما مر قال فى الفتح وصورة المسألة أن يقول قيمته كذا او رقمه كذا فارابحك على القيمة او الرقم اهـ وظاهره انه لا يقول قام على بكذا وبه صرح فى البحر فى الرقم والظاهر أن الهبة ونحوها كذلك وحينئذ لا يدخل ذلك فى كلام المصنف تأمل ويأتى تمامه هذا وقال ح ان قول الشارح فانه اذا ثمنه أخرج به بعض التعريف عن كونه تعريفا وفسر الفضل بما يضم فصار مجموع المتن مع الشرح عبارة المبسوط وهى عبارة مستقيمة فى ذاتها لكن بقى تعريف المرابحة بيع ما ملكه فقط وهو تعريف فاسد لكونه غير مانع اهـ اى لان قوله بما قام عليه جزء التعريف وكذا قوله وبفضل فان مراده به فضل الربح لتتحقق المرابحة والا كان العقد تولية وأما فضل المؤنة فانه يضم الى ما قام عليه لكن لما كانت عبارة المتن فى نفسها تعريفا تاما اكتفى بها ولقصد الاختصار أخذ بعضها وجعله بيانا لتصوير مسألة الهبة ونحوها تأمل (قوله وان لم تكن من جنسه) اى وان لم تكن المؤنة المضمومة من جنس المبيع ط قلت والاظهر كون المراد من جنس الثمن بقرينة ما بعده تأمل (قوله ونحوه) اى كصباغ وطراز (قوله ثم باعه مرابحة) اى بزيادة ربح على تلك القيمة التى قوم بها الموهوب ونحوه مع ضم المؤنة اليها لان كلامه فى ذلك بخلاف ما كان اشتراه بثمن فانه يرابح على ثمنه لا على قيمته فافهم (قوله جعله واليا) فكأن البائع جعل المشترى واليا فيما اشتراه نهر اى جعل له ولاية عليه وهذا ابداء مناسبة المعنى الشرعى للمعنى اللغوى (قوله بيعه بثمنه الاول) قد علمت أن المصنف عدل فى تعريف المرابحة عن التعبير بالثمن الاول الى قوله بما قام عليه لدفع الايراد السابق فما فر منه اولا وقع فيه ثانيا فكان المناسب أن يقول والتولية بيعه كذلك بلا فضل (قوله ولو حكما) ادخل به ما مر فى قوله ولو بهبة الخ فانه يوليه بقيمته لكونه لم يملكه بثمن (قوله يعنى بقيمته) تفسير للثمن الحكمى لا لقوله بثمنه كما لا يخفى ح (قوله وعبر عنها به) اى بالثمن حيث أراد به ما يعم القيمة حتى صار عبارة عنه وعنها فافهم (قوله لانه الغالب) اى الغالب فيما يملكه الانسان انه يكون بثمن سابق (قوله كون العوض) اى الكائن فى العقد الاول اهـ ح وهو ما ملك به المبيع نهر (تنبيه) استفيد من التعريف أن المعتبر ما وقع عليه العقد الاول دون ما وقع عوضا عنه فلو اشترى بعشرة دراهم فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو اقل أو اكثر فرأس المال العشرة لا الدينار والثوب لان وجوبه بعقد آخر وهو الاستبدال فتح ولو كان المبيع مثليا فرابح على بعضه كقفيز من قفيزين جاز لعدم التفاوت بخلاف القيمى وتمام تعريفه فى شرح المجمع وفى المحيط لو كان ثوبا ونحوه لا يبيع جزأ منه معينا لانقسامه باعتبار القيمة وان باع جزأ شائعا جاز وقيل يفسد بحر (قوله مثليا) كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب أما اذا لم يكن له مثل بأن اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا فرابحه او ولاه اياه كان بيعا بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهى مجهولة فتح ونهر (قوله أو قيميا مملوكا للمشترى) صورته اشترى زيد من عمرو عبدا بثوب ثم باع العبد من بكر بذلك الثوب مع ربح اولا والحال أن بكرا كان قد ملك الثوب من عمرو قبل شراء العبد أو اشترى

من العروض ولو بهبة أو ارث أو وصية أو غصب فانه اذا ثمنه (بما قام عليه وبفضل) مؤنة وان لم تكن من جنسه كأجر قصار ونحوه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز مبسوط (والتولية) مصدر ولى غيره جعله واليا وشرعا (بيعه بثمنه الاول) ولو حكما يعنى بقيمته وعبر عنها به لانه الغالب (وشرط صحتهما كون العوض مثليا أو) قيميا (مملوكا للمشترى

قوله ملك الثوب من عمرو الذى فى عبارة ح من زيد هنا وفيما بعده وصوابه من عمرو كما قلنا اهـ منه

العبد بالثوب قبل أن يملكه من عمرو فاجازه بعده فلا شك أن الثوب بعد الاجازة صار مملوكا للبكر المشترى فيتنا وله قول المتن اومملوكا للمشترى اهـ ح فهذه الصورة مستثناة مما لامثل له (قوله وكون الربح شيأ معلوما) تقدير لفظ الكون هو مقتضى نصب المصنف قوله معلوما ووقع فى عبارة المجمع مرفوعا حيث قال ولا يصح ذلك حتى يكون العوض مثليا اومملوكا للمشترى والربح مثلى معلوم ومثله فى الغرر وصرح فى شرحه الدرر بأن الجملة حالية وكذا قال فى البحر ان قوله اى المجمع والربح مثلى معلوم شرط فى القيمى المملوك للمشترى كما لا يخفى اهـ وتبعه فى المنح فقد ظهر أن هذا ليس شرطا مستقلا بل هو شرط للشرط الثانى لان معلومية الربح وان كانت شرطا فى صحة البيع مطلقا لكنه امر ظاهر لا يحتاج الى التنبيه عليه لان جهالته تفضى الى جهالة الثمن وانما المراد التنبيه على انه اذا كان الثمن الذى ملك به المبيع فى العقد الاول قيميا لا يصح البيع مرابحة الا اذا كان ذلك القيمى مملوكا للمشترى والحال أن الربح معلوم ولهذا ذكر فى الفتح اولا أنه لا يصح كون الثمن قيميا ثم قال أما لو كان ما اشتراه به وصل الى من يبيعه منه فرابحه عليه بربح معين كأن يقول أبيعك مرابحة على الثوب الذى بيدك وربح درهم اوكر شعير اوربح هذا الثوب جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه من الثمن اهـ وأفاد أن الربح المعلوم أعم من كونه مثليا أو قيميا كما نبه عليه الشارح بقوله ولو قيميا الخ فاغتنم تحرير هذا المحل (قوله حتى لو باعه) تفريع على مفهوم قوله معلوما فى مسألة كون القيمى مملوكا للمشترى يعنى فلو كان الربح مجهولا فى هذه الصورة لا يجوز حتى لو باعه الخ فافهم واعلم أن لفظ ده بفتح الدال وسكون الهاء اسم للعشرة بالفارسية ويازده بالياء المثناة التحتية وسكون الزاى اسم أحد عشر بالفارسية كما نقله ح عن البناية وبيان هذا التفريع ما فى البحر حيث قال وقيد الربح بكونه معلوما للاحتراز عما اذا باعه بربح ده يازده لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال كذا فى الهداية ومعنى قوله ده يازده اى بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح بزيادة درهمين وان كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم فهذا يقتضى أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشئ يكون من جنسه كذا فى النهاية اهـ ما فى البحر وحاصله انه اذا كان الثمن فى العقد الاول قيميا كالعبد مثلا وكان مملوكا للمشترى فباع المالك المبيع من المشترى بذلك العبد وبربح ده يازده لا يصح لانه يصير كأنه باعه المبيع بالعبد وبعشر قيمته فيكون الربح مجهولا لكون القيمة مجهولة لانها انما تدرك بالحزر والتخمين والشرط كون الربح معلوما كما مر بخلاف ما اذا كان الثمن مثليا والربح ده يازده فانه يصح قال فى النهر ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشره اى عشر ذلك المثلى فان كان المشترى يعلم جملة ذلك صح والا فان علم فى المجلس خير والا فسد اهـ وبه ظهر أن قول الشارح لم يجز أى فيما اذا كان الثمن قيميا كما قررناه أولا وقوله الا أن يعلم الخ اى فيما اذا كان مثليا لانه الذى يمكن علمه فى المجلس فافهم (قوله أجر القصار) قيد بالاجرة لانه لو عمل هذه الاعمال بنفسه لا يضم شيأ منها وكذا لو تطوع متطوع بها أو باعارة نهر وسيجى (قوله والصبغ) هو بالفتح مصدر وبالكسر ما يصبغ به درر والاظهر هنا الفتح لقول الشارح بأى لون كان ط (قوله والفتل) هو ما يصنع باطراف الثياب بحرير او كتان من فتلت الحبل أفتله بحر (قوله وكسوته) بالنصب اى كسوة العبد المبيع قال فى الفتح ولا يضم ثمن الجلال ونحوه ويضم الثياب فى الرقيق اهـ تأمل (قوله وطعام المبيع بلا سرف) فلا يضم الزيادة ط عن حاشية الشلبى قال فى الفتح ويضم الثياب فى الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا أن يعود عليه شئ متولد منها كألبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ اجرته فانه يرابح مع ضم ما أنفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب بما ناله وبما أنفق ويضم الباقى اهـ (قوله وسقى الزرع) اى أجرته وكذا يقال فيما بعده ط (قوله وكسحها) فى المصباح كسحت البيت كسحا من باب نفع كنسته ثم استعير لتنقية البئر والنهر وغيره فقيل كسحته اذا نقيته وكسحت الشئ قطعته وأذهبته (قوله وكرى المسناة) فى المصباح كرى النهر كريا من باب رمى حفر فيه حفرة جديدة والمسناة حائط يبنى فى وجه الارض ويسمى السد اهـ وفسرها فى المغرب بما بنى للسيل ليرد الماء وكأن الشارح ضمن الكرى معنى الاصلاح تأمل (قوله هو الدال على مكان

و) كون (الربح شيا معلوما) ولو قيميا مشارا اليه كهذا الثوب لانتفاء الجهالة حتى لو باعه بربح ده يازده اى العشرة بأحد عشر لم يجز الا أن يعلم بالثمن فى المجلس فيخير شرح مجمع للعينى (ويضم) البائع (الى رأس المال اجر القصار والصبغ) باى لون كان (والطراز) بالكسر علم الثوب (والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم واجرة الغسل والخياطة وكسوته) وطعام المبيع بلا سرف وسقى الزرع والكرم وكسحها وكرى المسناة والانهار وغرس الاشجار وتجصيص الدار (واجرة السمسار) هو الدال على مكان السلعة وصاحبها (المشروطة فى العقد) على ما جزم به فى الدرر

السلعة وصاحبها) لافرق لغة بين السمسار والدلال وقد فسرهما في القاموس بالمتوسط بين البائع والمشتري وفرق بينهما الفقهاء فالسمسار هو ماذكره المؤلف والدلال هو المصاحب للسلعة غالبا أفاده سري الدين عن بعض المتأخرين ط وكأنه أراد ببعض المتأخرين صاحب النهر فانه قال وفي عرفنا الفرق بينهما هو أن السمسار الخ (قوله ورجح في البحر الاطلاق) حيث قال وأما اجرة السمسار والدلال فقال الشارح الزيلعي ان كانت مشروطة في العقد تضم والا فاكثرهم على عدم الضم في الاول ولا تضم اجرة الدلال بالاجماع اه وهو تسامح فان اجرة الاول تضم في ظاهر الرواية والتفصيل المذكور قويلة وفي الدلال قيل لاتضم والمرجع العرف كذا في فتح القدير اه (قوله وضابطه الخ) فان الصبغ واخواته يزيد في عين المبيع والحمل والسوق يزيد في قيمته لانها تختلف باختلاف المكان فتلحق اجرتها برأس المال درر لكن أورد أن السمسار لا يزيد في عين المبيع ولا في قيمته وأجيب بأن له دخلا في الاخذ بالاقل فيكون في معنى الزيادة في القيمة وقال في الفتح بعد ذكره الضابط المذكور قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (قوله وكذا اذا قوم الموروث الخ) قال في الفتح لو ملكه بهبة أو ارث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة يجوز وصورته أن يقول قيمته كذا أو رقمه كذا فأرابحك على القيمة أو رقمه ومعنى الرقم أن يكتب على الثوب المشترى مقدارا سواء كان قدر الثمن أو ازيد ثم يرابحه عليه وهو اذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا فان غبن المشتري فيه فمن قبل جهله اه قال في البحر وقيده في المحيط بما اذا كان عند البائع أن المشتري يعلم أن الرقم غير الثمن فأما اذا كان المشتري يعلم أن الرقم والثمن سواء فانه يكون خيانة وله الخيار اه وفي البحر أيضا عن النهاية في مسألة الرقم ولا يقول قام علي بكذا ولا قيمته كذا ولا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب اه وبه يظهر أن ما يفيده كلام الشارح من انه يقول قام علي بكذا غير مراد بل يظهر لي انه لا يقول ذلك في مسألة الهبة أيضا لانه يوهم انه ملكه بهذه القيمة مع انه ملكه بلا عوض ففيه شبهة الكذب ويؤيده قول الفتح وصورته أن يقول قيمته كذا الخ فقد سوى بينه وبين مسألة الرقم في التصوير ثم ان قول الفتح وهو صادق ظاهره اشتراط كون الرقم بمقدار القيمة فيخالف مامر عن النهاية وحمله على أن معناه انه لا يرقمه بعشرة ثم يبيعه لجاهل بالخط على رقم احد عشر بعيد والاحسن الجواب بحمله على ما اذا كان المشتري يظن أن الرقم والقيمة سواء كما يشير اليه مامر عن المحيط فافهم (قوله وفيه ما فيه) فانه يفيد أنه لا يضم وان كان متعارفا وهو خلاف ما يدل عليه كلام المبسوط قال في الفتح وكذا اي لا يضم أجر تعليم العبد صناعة اوقرآنا أو علما أو شعرا لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه اي في المتعلم وهو حذاقته فلم يكن ما أنفقه على التعليم موجبا للزيادة في المالية ولا يخفى ما فيه اذ لاشك في حصول الزيادة بالتعلم وانه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم كقابلية الثوب للصبغ لا يمنع نسبته الى التعليم فهو علة عادية والقابلية شرط وفي المبسوط لو كان في ضم المنفق في التعليم عرف ظاهر يلحق برأس المال اه قلت فقد ظهر أن البحث ليس في العلة فقط بل فيها وفي الحكم فافهم (قوله ولا نفقة نفسه) اي في سفره لكسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ط عن حاشية الشلبي (قوله وجعل الآبق) لانه نادر فلا يلحق بالسائق لانه لا عرف في النادر فتح (قوله وكأنه للعرف) اصل هذا لصاحب النهر حيث قال وقد مر أن اجرة المخزن تضم وكأنه للعرف والا فالمخزن وبيت الحفظ سواء في عدم الزيادة في العين اه ط (قوله هذا هو الاصل) اي ولو في نفقة نفسه كما يقتضيه العموم ط (قوله كما يفيده كلام الكمال) حيث ذكر ما قدمناه عنه ثم قال أيضا بعد أن عد جملة مما لا يضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار اه وقد علمت مما مر عن المبسوط أن المعتبر هو العرف الظاهر لاخراج النادر كجعل الآبق لانه لا عرف في النادر كما قدمناه آنفا (قوله فان ظهر خيانته) اي البائع في مرابحة بأن ضم الى الثمن ما لا يجوز ضمه كما في المحيط أو أخبر بأنه اشتراه بعشرة ورابح على درهم فتبين انه اشتراه بتسعة نهر (قوله أو برهان الخ) وقيل لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة متناقض والحق سماعها كدعوى العيب فتح (قوله اخذه بكل ثمنه الخ) اي ولا حط هنا بخلاف التولية وهذا عنده وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما والمتون على قول الامام وفي البحر عن السراج وبيان الحط في المرابحة على قول أبي يوسف اذا اشتراه بعشرة وباعه بربح خمسة ثم ظهر انه اشتراه بثمانية فانه يحط قدر الخيانة من الاصل وهو الخمس وهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ

ورجح في البحر الاطلاق وضابطه كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يضم درر واعتمد العيني وغيره عادة التجار بالضم (ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته) لانه كذب وكذا اذا قوم الموروث ونحوه أو باع برقمه لو صادقا في الرقم فتح (لا) يضم (اجر الطبيب) والمعلم درر ولو للعلم والشعر وفيه ما فيه ولذا علله في المبسوط بعدم العرف (والدلالة والراعي و) لا (نفقة نفسه) ولا اجر عمل بنفسه أو تطوع به متطوع (وجعل الآبق وكراء بيت الحفظ) بخلاف أجرة المخزن فانها تضم كما صرحوا به وكأنه للعرف والا فلا فرق يظهر فتدبر (وما يؤخذ في الطريق من الظلم الا اذا جرت العادة بضمه) هذا هو الاصل كما علمت فليكن المعول عليه كما يفيده كلام الكمال (فان ظهر خيانته في مرابحة باقراره أو برهان) على ذلك (أو بنكوله) عن اليمين (أخذه) المشتري (بكل ثمنه أو رده) لفوات الرضى

الثوب باثنى عشر درهما اه (قوله وله الحط) اى لاغير بحر (قوله لتحقق التولية) فى نسخة بتاءين وفى نسخة بتاء واحدة على انه فعل مضارع والتولية فاعله أو مصدر مضاف الى التولية وعلى كل فهو علة لقوله وله الحط قدر الخيانة فى التولية ط قال ح يعنى لو لم يحط فى التولية تخرج عن كونها تولية لانها تكون باكثر من الثمن الاول بخلاف المرابحة فانه لو لم يحط فيها بقيت مرابحة (قوله ولو هلك المبيع الخ) لم أر ما لو هلك بعضه هل يمنع رد الباقى مقتضى قوله أو حدث به ما يمنع من الرد انه له الرد كما لو اكل بعض المثلى أو باعه ثم ظهر له فيه عيب أو اشترى عبدين أو ثوبين فباع أحدهما ثم رأى فى الباقى عيبا له رد ما بقى بخلاف الثوب الواحد كما مر فى خيار العيب تأمل (قوله لزمه جميع الثمن) فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه وتمامه فى الفتح وانظر ما سيذكره الشارح عن أبى جعفر (تنبيه) قال فى البحر وظاهر كلامهم أن خيار ظهور الخيانة لا يورث فاذا مات المشترى فاطلع الوارث على خيانة بالطريق السابق فلا خيار له (قوله وقدمنا) اى فى أوائل خيار العيب (قوله لو وجد المولى) بتشديد اللام المفتوحة اسم مفعول من التولية (قوله لم يرجع بالنقصان) لانه بالرجوع يصير الثانى انقص من الاول وقضية التولية أن يكون مثل الاول بحر (قوله شراه ثانيا الخ) صورته اشترى بعشرة وباعه مرابحة بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام على بخمسة (قوله بجنس الثمن الاول) يأتى محترزه (قوله فان رابح الخ) ظاهر دليل الامام يقتضى انه لا فرق بين بيعه مرابحة أو تولية والمتون كلها مقيدة بالمرابحة وظاهرها جواز التولية على الثمن الاخير والظاهر الاول كما لا يخفى بحر وبه جزم فى النهر (قوله وان استغرق الربح ثمنه) كما لو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما يرابح على عشرة فى الفصلين بحر اى فى الاستغراق وعدمه (قوله لم يرابح) لان شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة لانه اى الربح يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب فيرده فيزول الربح عنه والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا وقيد بقوله لم يرابح لان له أن يبيعه مساومة نهر (قوله بحر) اى عن المحيط ومعنى كون قول الامام أوثق اى أحوط لما علمت من أن الشبهة كالحقيقة هنا للتحرز عن الخيانة (قوله ولو بين ذلك) بأن يقول كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيعه بربح كذا على العشرة نهر (قوله أو باع بغير الجنس) بأن باعه بوصيف اى غلام أو بدابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة كان له أن يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لها فى المرابحة ولذا قلنا لو اشترى اشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصته من الثمن كذا فى الفتح وأراد بالاشياء القيميات وتمامه فى النهر وقد مر (قوله أو تخلل ثالث) بأن اشترى من مشترى مشتريه لان التأكد حصل بغيره درر (تنبيه) علم من التقييد بالشراء انه لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة يرابح على العشرة ومن التقييد بالبيع بربح انه لو أجر المبيع ولم يدخله نقص يرابح بلا بيان لان الاجرة ليست من نفس المبيع ولا من أجزائه فلم يكن حابسا الشئ منه اى بخلاف ما لو نال من صوفه أو سمنه كما قدمناه وانه لو حط عنه بائعه كل الثمن يرابح على ما اشترى بخلاف ما لو حط البعض لالتحاقه بالعقد دون حط الكل لئلا يكون بيعا بلا ثمن فصار تمليكا مبتدأ كالهبة وسيأتى أن الزيادة تلتحق فيرابح على الاصل والزيادة وفى المحيط شراه ثم خرج عن ملكه ثم عاد ان عاد قديم ملكه كرجوع فى هبة أو بخيار شرط أو رؤية أو عيب أو اقالة يرابح بما اشترى لانفساخ العقد كأن لم يكن لا ان عاد بسبب جديد كهبة وارث وتمامه فى البحر (قوله اى جاز أن يرابح) الاقعد فى التعبير اى اذا أراد أن يرابح سيد الخ وجب عليه أن يرابح على ما اشترى العبد لان المرابحة على ذلك واجبة لا جائزة ط وكأن الشارح نظر الى بيان صحتها فعبر بالجواز تبعا للدرر فافهم (قوله من مكاتبه) أو مدبره نهر (قوله فاعتبار هذا القيد) اى بالنظر الى مجرد عبارة المتن قال فى النهر ثم كونه مديونا بما يحيط برقبته صرح به محمد فى الجامع الصغير عن الامام ومن المشايخ من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد وتبعه المصنف وشمس الائمة فى المبسوط لم يذكر الدين أصلا قال فى العناية والحق ذكره لانه اذا لم يكن عليه دين لم يصح البيع والتحقيق أن ذكره وعدمه سواء بالنظر الى المرابحة لانها اذا لم تجز مع الدين فع

قوله لزمه جميع الثمن هكذا بخطه والذى فى النسخ لزمه بجميع الثمن اه

مطلب
خيار الخيانة فى المرابحة لا يورث

(وله الحط) قدر الخيانة (فى التولية) لتحقق التولية (ولو هلك المبيع) او استهلكه فى المرابحة (قبل رده او حدث به ما يمنع منه) من الرد (لزمه بجميع الثمن) المسمى (وسقط خياره) وقدمنا انه لو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث آخر لم يرجع بالنقصان (شراه ثانيا) بجنس الثمن الاول (بعد بيعه بربح فان رابح طرح ما ربح) قبل ذلك (وان استغرق) الربح (ثمنه لم يرابح) خلافا لهما وهو أرفق وقوله أوثق بحر ولو بين ذلك او باع بغير الجنس أو تخلل ثالث جاز اتفاقا فتح (رابح) اى جاز أن يبيع مرابحة لغيره (سيد شرى من) مكاتبه أو (ماذونه) ولو (المستغرق دينه رقبته) فاعتبار هذا القيد لتحقيق الشراء فغير المديون بالاولى

قوله اى جاز أن يرابح هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح التى بيدى اى جاز أن يبيع مرابحة والمآل واحد اه مصححه

عدمه اولى وأما بالنظر الى صحة العقد وعدمه فله فائدة والباب لم يعقد الا للمرابحة فصنيع شمس الائمة أقعد اهـ (قوله على ماشرى المأذون) متعلق بقوله رابح وصورته كما فى الكنز اشترى المأذون ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه على عشرة (قوله كعكسه) وهو ما اذا باع المولى للعبد (قوله نفيا للتهمة) لان الحاصل للعبد لم يخل عن حق المولى ولذا كان له أن يستبق ما فى يده ويقضى دينه وكذا فى كسب المكاتب ويصير ذلك الحق له حقيقة بعجزه فصار كأنه باع واشترى ملك نفسه من نفسه فاعتبر عدما فى حكم المرابحة نفيا للتهمة نهر (قوله كأصله وفرعه) وأحد الزوجين وأحد المتفاوضين عنده وخالفاه فيما عدا العبد والمكاتب بحر (قوله ولو بين ذلك) اى بين أن أحد هؤلاء اشتراه بعشرة ثم اشتراه هو منه بخمسة عشر (تنبيه) فى الفتح اشترى من شريكه سلعة ليست من شركتهما رابح على ما اشترى ولا يبين ولو من شركتهما يبيع نصيب شريكه على ضمانه فى الشراء الثانى ونصيب نفسه على ضمانه فى الشراء الاول لجواز كونها شريت بالف من شركتهما فاشتراها منه بألف ومائتين فانه يرابح على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة فيبيعها على ذلك اهـ (قوله بالنصف) اى بنصف الربح له والباقى لرب المال وهو متعلق بقوله مضاربا فكان الاوضح تقديمه على قوله معه عشرة كما قاله ح (قوله باع مرابحة رب المال باثنى عشر ونصف) هذا فى خصوص هذا المثال صحيح والتفصيل ماذكره فى مضاربة البحر عن المحيط من أنه على أربعة أقسام الاول أن لا يكون فى قيمة المبيع ولا فى الثمن فضل على رأس المال بأن كان رأس المال ألفا فاشترى منها المضارب عبدا بخمسمائة قيمته ألف وباعه من رب المال بألف فان رب المال يرابح على ما اشترى به المضارب الثانى أن يكون الفضل فى قيمة المبيع دون الثمن فانه كالاول الثالث أن يكون فيهما فانه يرابح على ما اشترى به المضارب وحصة المضارب الرابع أن يكون الفضل فى الثمن فقط وهو كالثالث اهـ ح ولا يخفى أن مثال الشارح يحتمل كونه من الثالث او الرابع لصدقه على كون قيمة الثوب عشرة كرأس المال او اكثر فلذا كان له أن يرابح على ما اشترى به المضارب وهو عشرة وعلى حصة المضارب من الربح وهو درهمان ونصف دون حصة رب المال لانها سلمت له ولم تخرج عن ملكه ثم اعلم أن المصنف لم يسبق منه تمثيل المسألة بالشراء بالعشرة والبيع بالخمسة عشر حتى يظهر قوله باثنى عشر ونصف وهذا وان وقع فى عبارة الكنز كذلك لكنه صور المسألة قبله فى مسألة المأذون كما قدمناه ولذا أوضح الشارح عبارة المصنف فى أثناء تقرير المتن بذكر المثال (قوله وكذا عكسه) وهو ما اذا كان البائع رب المال وهذا أيضا على أربعة أقسام قسمان لا يرابح فيهما الا على ما اشترى به رب المال وهما اذا كان لا فضل فى الثمن وقيمة المبيع على رأس المال كما لو اشترى المضارب من رب المال بألف المضاربة عبدا قيمته ألف وكان قد اشتراه رب المال بنصف ألف أو لا فضل فى قيمة المبيع فقط بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألف وباعه من المضارب بألفين وقسمان يرابح على ما اشترى به رب المال وحصة المضارب وهما اذا كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين بعد ما عمل المضارب فى ألف المضاربة وربح فيها ألفا فانه يرابح على ألف وخمسمائة او كان فى قيمة العبد فقط بأن كان العبد يساوى ألفا وخمسمائة فاشتراه رب المال بالف فباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب على ألف ومائتين وخمسين كذا فى البحر عن المحيط اهـ ح وبه ظهر أن قول الشارح وكذا عكسه أراد به القسمين الاخيرين (قوله كما سيجىء فى بابه) وهو باب المضارب يضارب ط (قوله وتحقيقه فى النهر) حاصله أنه ذكر فى مضاربة الكنز تبعا للهداية أنه لو اشترى المضارب من المالك بألف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه اهـ فاعتبر أقل الثمنين وقال الزيلعى هنالك ولو بالعكس اى بأن اشترى رب المال بألف من المضارب عبدا مشترى بنصفه رابح بنصفه أيضا فصورة العكس هنالك مفروضة فى شراء رب المال من المضارب وهى مسألة المتون هنا فما ذكره الزيلعى هنالك مخالف لما صرح به نفسه هنا من أنه يضم حصة المضارب وذكر فى السراج أنه يضم حصة المضارب فى صورة الاصل وصورة العكس وقد وفق فى البحر بين كلامى الزيلعى بتوفيق رده فى النهر وقال ان ما فى السراج مخالف لصريح الرواية المصرح بها فى كتاب المضاربة وما ذكره الزيلعى من أن رب المال لا يضم حصة المضارب محمول على رواية وذكر ح أن الجواب الحق ما فى مضاربة البحر من أن صورة العكس التى ذكرها الزيلعى هنالك هى القسم الاول من كلام المحيط فلم يكن فيه مخالفة لما ذكره

قوله وعدمه هكذا بخطه ولعل الاولى وعدمها اى صحة العقد كما لا يخفى اهـ مصححه

مطلب
اشترى من شريكه سلعة

(على ماشرى المأذون كعكسه) نفيا للتهمة وكذا كل من لا تقبل شهادته له كأصله وفرعه ولو بين ذلك ورابح على شراء نفسه ابن كمال (ولو كان مضاربا) معه عشرة (بالنصف) اشترى بها ثوبا وباعه من رب المال بخمسة عشر (باع) الثوب (مرابحة رب المال باثنى عشر ونصف) لان نصف الربح ملكه وكذا عكسه كما سيجىء فى بابه وتحقيقه فى النهر (يرابح)

في المرابحة أنه يضم حصة المضارب لأنه القسم الثالث أو الرابع من كلام المحيط اهـ ما في مضاربة البحر ملخصا قلت ولم يتعرض هناك للجواب عما في السراج وقد علمت صحته مما كتبناه على قول الشارح وكذا عكسه وقد أوضحنا هذا المقام بأكثر مما هنا فيما علقناه على البحر **(قوله مريدها)** اي مريد المرابحة **(قوله اي من غير بيان)** لا حاجة الى هذا البيان لوضوحه ط **(قوله أما بيان نفس العيب فواجب)** لان الغش حرام الا في مسائل تأتي كما قدمه آخر خيار العيب ومر الكلام على ذلك **(قوله فتعيب عنده)** أما لو وجد بالمبيع عيبا فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط او رؤية وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار بحر عن الفتح **(قوله بالتعيب)** مصدر تعيب صار معيبا بلا صنع أحد ويلحق به ما اذا كان بصنع المبيع وشمل ما اذا كان نقصان العيب يسيرا او كثيرا وعن محمد لو نقص قدرا لا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان ودل كلامه أنه لو نقص بتغير السعر بأمر الله تعالى لا يلزمه البيان بالاولى بحر **(قوله ووطئ الثيب)** بصيغة الفعل الماضي عطفا على قوله اشتراه أو بصيغة المصدر عطفا على أنه اشتراه **(قوله كقرض فأر وحرق نار)** الاولى ذكرهما بعد قوله بآفة سماوية اهـ ح وقرض بالقاف وذكره ابو اليسر بالفاء فتح والذي في القاموس والمصباح الاول **(قوله المشتري)** بصيغة المفعول نعت للثوب **(قوله لا بد من بيانه)** اي بيان أنه تعيب عنده بالتعيب **(قوله ورجحه الكمال)** نعم رجحه أولا بقوله واختياره هذا حسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره انها انتقصت ايهام للمشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة الا بحطيطة اهـ لكنه قال بعده لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فانه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه في حال غلائه وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ الزام قوي اهـ نعم أجاب في النهر بقوله وقد يفرق بأن الايهام فيما ذكر ضعيف لا يعول عليه بخلاف ما لو اعورت الجارية فرابحه على ثمنها فانه قوي جدا فلم يغتفر اهـ قلت وفيه كلام فقد يكون تفاوت السعرين أفحش من التفاوت بالعيب والكلام حيث لا علم للمشتري بكل ذلك والاحسن الجواب بأن ذلك مجرد وصف لا يقابله شيء من الثمن بخلاف الفائت بعور الجارية وقرض الفأر ونحوه فانه جزء من المبيع ولا يرد ما اشتراه بأجل فانه لا يرابح بلا بيان كما يأتي لقولهم ان الاجل يقابله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان **(قوله وأقره المصنف)** وكذا شيخه في بحره والمقدسي **(قوله بالتعييب)** مصدر عيبه اذا أحدث به عيبا بحر **(قوله ولو بفعل غيره الخ)** دخل فيه ما اذا كان بفعله بالاولى وكذا ما اذا كان بفعل غيره بأمره واحترز به عما اذا كان بفعل المبيع فانه ملحق بالآفة السماوية كما مر لان المرابح لم يكن حابسا شيأ **(قوله وان لم يأخذ الارش)** لتحقق وجوب الضمان فتح **(قوله ووطء البكر)** لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فتح **(قوله كتكسر)** اي تكسر الثوب **(قوله لصيرورة الاوصاف مقصودة بالاتلاف)** اي فتخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتبارها فتقابل ببعض الثمن فتح وهذا علة لقوله ببيان بالتعييب **(قوله ولذا قال الخ)** اي فانه يفهم منه أن الثيب لو نقصها الوطء يلزمه البيان لانه صار مقصودا بالاتلاف **(قوله اشتراه بألف نسيئة)** أفاد أن الاجل مشروط في العقد فان لم يكن ولكنه كان معتادا التنجيم قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يلزمه البيان وهو قول الجمهور كما في الزيلعي نهر وينبغي ترجيح الاول لانها مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة وعلى كل من القولين لو لم يكن مشروطا ولا معروفا وانما أجله بعد العقد لا يلزمه بيانه بحر قال في النهر لما مر من أن الاصح انهما لو ألحقاه شرطا لا يلتحق بأصل العقد فيكون تأجيلا مستأنفا وعلى القول بأنه يلتحق ينبغي أن يلزمه البيان اهـ **(قوله خير المشتري)** أي بين رده وأخذه بألف ومائة حالة لان للاجل شبها بالمبيع ألا ترى انه يزاد في الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين بالالف وباع أحدهما بها على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما اذا كان مبيعا حقيقة واذا كان احد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة فتح **(قوله لزم كل الثمن حالا)** لان الاجل في نفسه ليس بمال فلا يقابله شيء حقيقة اذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصدا ويزاد في الثمن لاجله اذا ذكر الاجل بمقابلة زيادة الثمن قصدا فاعتبر مالا في المرابحة احترازا عن شبهة

الخيانة

مريدها (بلا بيان) اي من غير بيان (أنه اشتراه سليما) أما بيان نفس العيب فواجب (فتعيب عنده بالتعيب) بآفة سماوية او بصنع المبيع (ووطئ الثيب ولم ينقصها الوطء) كقرض فأر وحرق نار للثوب المشترى وقال ابو يوسف وزفر والثلاثة لا بد من بيانه قال ابو الليث وبه نأخذ ورجحه الكمال وأقره المصنف (و) يرابح (ببيان بالتعييب) ولو بفعل غيره بغير أمره وان لم يأخذ الارش وقد أخذه في الهداية وغيرها اتفاقي فتح (ووطء البكر كتكسره) بنشره وطيه لصيرورة الاوصاف مقصودة بالاتلاف ولذا قال ولم ينقصها الوطء (اشتراه بألف نسيئة وباع بربح مائة بلا بيان خير المشتري فان تلف) المبيع بتعيب أو تعييب (فعلم) بالاجل (لزمه كل الثمن حالا وكذا) حكم (التولية)

قوله كتكسر الخ هكذا بخطه من غير تمييز والذي في نسخ الشارح كتكسره بالضمير وهو الانسب بقوله اي تكسر الثوب اهـ مصححه

قوله لزم كل الثمن الخ كذا بخطه بدون ضمير والذي في النسخ لزمه بالضمير فليحرر اهـ مصححه

الخيانة ولم يعتبر مالا في حق الرجوع عملا بالحقيقة بحر (قوله في جميع ما مر) أي لا كما وقع في الزيلعي والفتح من ارجاعه الى المسألة التي قبله وهو بحث للبحر حيث قال وينبغي أن يعود قوله وكذا التولية الى جميع ما ذكره للمرابحة فلا بد من البيان في التولية أيضا في التعييب ووطء البكر وبدونه في التعيب ووطء الثيب (قوله وقال أبو جعفر الخ) عبر عنه في الفتح بقيل حيث قال وقيل تقوم بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندواني اه قلت وينبغي على قول أبي جعفر أن يرجع بالاولى فيما اذا ظهرت خيانة في مرابحة لأن الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة تأمل (قوله بحر ومصنف) ومثله في الزيلعي معللا بالتعارف (قوله وخير الخ) لأن الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لأن الرضى لم يتم قبله لعدم العلم كما في خيار الرؤية وظاهر كلام المصنف وغيره أن هذا العقد ينعقد فاسدا بعرضية الصحة وهو الصحيح خلافا فالمروي عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد كذا في الفتح وينبغي أن تظهر الثمرة في حرمة مباشرته فعلى الصحيح يحرم وعلى الضعيف لا بحر (قوله والابطل) أي تقرر فساده ط (تتمة) في الظهيرية اشتراه بأكثر من ثمنه مما لا يتغابن الناس فيه وهو يعلم لا يرابح بلا بيان وكذا لو اشترى بالدين من مديونه وهو لا يشترى بمثل الثمن من غيره فلو يشترى بمثله له أن يرابح سواء أخذه بلفظ الشراء أو الصلح وفي ظاهر الرواية يفرق بينهما بأن مبنى الصلح على الحط والتجوز بدون الحق ومبنى الشراء على الاستقصاء اه ملخصا (قوله لا رد بغبن فاحش) في البحر عن المصباح غبنه في البيع والشراء غبنا من باب ضرب مثل غبنه فانغبن وغبنه أي نقصه وغبن بالبناء للمفعول فهو مغبون أي منقوص في الثمن أو غيره والغبينة اسم منه (قوله هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين) هو الصحيح كما في البحر وذلك كما لو وقع البيع بعشرة مثلا ثم ان بعض المقومين يقول انه يساوي خمسة وبعضهم ستة وبعضهم سبعة فهذا غبن فاحش لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد بخلاف ما اذا قال بعضهم ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم عشرة فهذا غبن يسير (قوله وبه أفتى بعضهم مطلقا) أي سواء كان الغبن بسبب التغرير أو بدونه لكن هذا الاطلاق لم يذكر في القنية وانما حكى في القنية الاقوال الثلاثة فيفهم منه أن هذا غير مقيد بالتغرير أو بدونه ولكن نقل في الفتح أن الامام علاء الدين السمرقندي ذكر في تحفة الفقهاء أن أصحابنا يقولون في المغبون انه لا يرد لكن هذا في مغبون لم يغر أما في مغبون غر يكون له حق الرد استدلالا بمسألة المرابحة اه أي بمسألة ما اذا خان في المرابحة فان ذلك تغرير يثبت به الرد (قوله ويفتى بالرد) ظاهره الاطلاق أي سواء غره أو لا بقرينة القول الثالث (قوله أو غره الدلال) قال الرملي مفهومه انه لو غره رجل أجنبي غير الدلال لا يثبت له الرد وبقي ما لو غر المشتري البائع في العقار فأخذه الشفيع هل للبائع أن يسترد منه ينبغي عدمه لأنه لم يغره وانما غره المشتري وتمامه في حاشيته على البحر (قوله وبه أفتى صدر الاسلام وغيره) وهو الصحيح كما يأتي وظاهر كلامهم أن الخلاف حقيقي ولو قيل انه لفظي ويحمل القولان المطلقان على القول المفصل لكان حسنا ويدل عليه حل صاحب التحفة المتقدم ط قلت ويؤيده أيضا عدم التصريح بالاطلاق في القولين الاولين وحيث كان ظاهر الرواية محمولا على هذا القول المفصل يكون هو ظاهر الرواية اذ لم يذكروا أن ظاهر الرواية عدم الرد مطلقا حتى ينافي التفصيل فلذا جزم في التحفة بحمله على التفصيل وحينئذ لم يبق لنا الا قول واحد هو المصرح بأنه ظاهر الرواية وبأنه المذهب وبأنه المفتى به وبأنه الصحيح فمن أفتى في زماننا بالرد مطلقا فقد أخطأ خطأ فاحشا لما علمت من أن التفصيل هو المصحح المفتى به ولاسيما بعد التوفيق المذكور وقد أوضحت ذلك بما لا مزيد عليه في رسالة سميتها تحبير التحرير في ابطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير (قوله فيرد مثل ما أتلفه) أي مع رد الباقي كما في القنية ونصها قال لغزال لا معرفة لي بالغزل فأتني بغزل أشتريه فأتى رجل بغزل لهذا الغزال ولم يعلم به المشتري فجعل نفسه دلالا بينهما واشترى ذلك الغزل له بأزيد من ثمن المثل وصرف المشتري بعضه الى حاجته ثم علم بالغبن وبما صنع فله أن يرد الباقي بحصته من الثمن قال رضي الله عنه والصواب أن يرد الباقي ومثل ما صرف في حاجته ويسترد جميع الثمن كمن اشترى بيتا مملوأ من بر فاذا فيه دكان عظيم فله الرد وأخذ جميع الثمن قبل انفاق شيء منه وبعده يرد الباقي ومثل ما أنفق ويسترد الثمن كذا ذكره أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اه (قوله بقي ما لو كان قيميا) أي وتصرف ببعضه فهل يرجع بقدر ما غبن

في جميع ما مر وقال أبو جعفر المختار للفتوى الرجوع بفضل ما بين الحال والمؤجل بحر ومصنف (ولي رجلا شيئا) أي باعه تولية (بما قام عليه أو بما اشتراه) به (ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد) البيع لجهالة الثمن (وكذا) حكم (المرابحة وخير) المشتري بين أخذه وتركه (لو علم في مجلسه) والا بطل (و) اعلم انه (لا رد بغبن فاحش) هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين (في ظاهر الرواية) وبه أفتى بعضهم مطلقا كما في القنية ثم رقم وقال (ويفتى بالرد) رفقا بالناس وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتى ثم رقم وقال (ان غره) أي غر المشتري البائع أو بالعكس أو غره الدلال فله الرد (والا لا) وبه أفتى صدر الاسلام وغيره ثم قال (وتصرفه في بعض المبيع) قبل علمه بالغبن (غير مانع منه) فيرد مثل ما أتلفه ويرجع بكل الثمن على الصواب اه ملخصا بقي ما لو كان قيميا لم أره

مطلب
في الكلام على الرد بالغبن الفاحش

قوله فأتى رجل بغزل لهذا الغزال أي بغزل مملوك لهذا الغزال وحاصله أن الغزال دفع غزله لرجل ثم جعل نفسه دلالا بين الطالب والرجل واشترى للطالب الغزل من الرجل بزيادة ثم تصرف المشتري أي من له الشراء حقيقة في بعض الغزل ثم علم بالغبن وبأن الغزال هو صاحب الغزل وأنه فعل ذلك تغريرا للطالب اه منه

فيه أولا يرجع أو يردّ الباقى ويضمن قيمة ما تصرّف به ووجه التوقف أن ما ذكره فى القنية مفروض فى المثلى لانّ الغزل مثلى كما هو صريح كلام القنية المذكور انفا وكذا صرّح فى الفصل الثالث والثلاثين من جامع الفصولين بأنه مثلى وفى التتارخانية عن المنتقى ولا يصح بيع غزل قطن لين بغزل قطن خشن الا مثلا بمثل لانّ القطن سواء اه فحيث كان المنقول هنا فى المثلى لم يعلم حكم القيمى فافهم ثم اعلم أنّ ما قدّمناه عن المنح عن تحفة الفقهاء من أنّ المغبون اذا غرّه الرد استدلالا بمسألة المرابحة يفيد أنّ خيار التغرير فى حكم خيار الخيانة فى المرابحة وقد مرّ فى المتن والشرح انه لو هلك المبيع أو استهلكه فى المرابحة قبل ردّه أو حدث به ما يمنع من الردّ لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره وذكرنا هنالك أن مقتضى قوله أو حدث به الخ انه لو هلك البعض أو استهلكه له ردّ الباقى الا فى نحو الثوب الواحد الخ والظاهر أن هنا كذلك فتأمل (**قوله قلت وبالاخير الى قوله وغيره**) الاولى ذكر هذا عند قوله وبه أفتى صدر الاسلام وغيره اه ح (**قوله وفى كفالة الاشباه الخ**) حيث قال الغرور لا يوجب الرجوع فلو قال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاخذه اللصوص أو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فأكله ومات لم يضمن وكذا لو أخبره رجل انها حرّة فتزوّجها ثم ظهر انها مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر الا فى ثلاث مسائل الاولى اذا كان الغرور بالشرط كما لو زوّجه امرأة على انها حرّة ثم استحقت فانه يرجع على المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد الثانية أن يكون فى ضمن عقد معاوضة فيرجع المشترى على البائع بقيمة الولد اذا استحقت بعد الاستيلاد ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشترى ثم استحقت الدار بعد أن يسلم البناء واذا قال الاب لاهل السوق بايعوا ابنى فقد أذنت له فى التجارة فظهر انه ابن غيره رجعوا عليه للغرور وكذا لو قال بايعوا عبدى فقد أذنت له فبايعوه ولحقه دين ثم ظهر انه عبد لغيره رجعوا عليه ان كان الاب حرّا والا فبعد العتق وكذا لو ظهر حرّا أو مدبرا أو مكاتبا ولا بدّ فى الرجوع من اضافته اليه والامر بمبايعته كذا فى السراج الوهاج الثالثة أن يكون فى عقد يرجع نفعه الى الدافع كوديعة واجارة فلو هلكت الوديعة والعين المستأجرة ثم استحقت وضمن المودع والمستأجر فانهما يرجعان على الدافع بما ضمناه وكذا من كان بمعناهما وفى عارية وهبة لا رجوع اذ القبض كان لنفسه وتمامه فى الخانية من فصل الغرور من البيوع اه قلت وعبر فى الخانية فى الثالثة بالقبض بدل العقد وهو الصواب فتدبر (**قوله الا فى ثلاث**) زاد فى نور العين مسألة رابعة وهى ما اذا ضمن الغارّ صفة السلامة كما اذا قال اسلك هذا الطريق فانه آمن وان أخذ مالك فأنا ضامن فانه يضمن كما سيذكره المصنف آخر الكفالة عن الدرر (**قوله منها هذه**) أى مسألة المتن وهى داخلة تحت الثانية الآتية (**قوله وضابطها**) أى الثلاث المستثناة (**قوله أن يكون فى عقد**) صوابه فى قبض كما قدّمناه عن الخانية لانّ مسألة العقد تأتى بعد تأمل (**قوله رجع**) أى الشخص الذى هو المودع أو المستأجر على الدافع لانه غرّه بأنه أودعه أو أجره ملكه (**قوله لكون القبض لنفسه**) أى نفس المستعير أو الموهوب له فكان هو المنتفع بالقبض دون المعير أو الواهب (**قوله أن يكون فى ضمن عقد معاوضة**) من بيع صحيح أو فاسد وأخرج به عقود التبرّعات كالهبة والصدقة فانّ الغرور لا يثبت الرجوع فيها ط عن البيرى وكذا أخرج الرهن لانه عقد وثيقة لا معاوضة كما يأتى وفى البيرى عن المبسوط انّ الغرور فى عقد المعاوضات يثبت الرجوع لانّ العقد يستحق صفة السلامة من العيب ولا عيب فوق الاستحقاق فأمّا بعقد التبرّع فلانّ الموهوب له لا يستحق الموهوب بصفة السلامة (**قوله كبايعوا عبدى الخ**) أى فيكون ضامنا للدرك فيما يثبت لهم على العبد فى عقد المبايعة لحصول التغرير فى هذا العقد كما يأتى تقريره وبه اندفع ما قيل انّ التغرير لم يوجد فى ضمن عقد المعاوضة (**قوله ثم ظهر حرّا أو ابن الغير**) لف ونشر مرتب (**قوله ان كان الاب حرّا**) الاولى ما فى بعض نسخ الاشباه ان كان الآذن حرّا لشموله للمولى والاب أى الاب صورة لا حقيقة وهذا القيد لشئ مقدّر فى قوله رجعوا عليه أى فى الحال بقرينة قوله والا فبعد العتق (**قوله وهذا**) أى الرجوع شرطه شيآن أن يضيف العبد أو الابن الى نفسه وأمرهم بمبايعته فيضمن الاقل من قيمته ومن الدين كما فى البيرى عن مختصر المحيط (**قوله ومنه**) أى من التغرير فى ضمن عقد المعاوضة (**قوله اشترنى فأنا عبد ارتهنى**) صوابه بخلاف ارتهنى أى لو قال العبد اشترنى فأنا عبد فاشتراه فاذا هو حرّ فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة أى يدرى مكانه لا يرجع على العبد بما قبضه البائع للتمكن من الرجوع على القابض وان كان لا يدرى أين هو رجع

مطلب
الغرور لا يوجب الرجوع الا فى مسائل

قلت وبالاخير جزم الامام علاء الدين السمرقندى فى تحفة الفقهاء وصححه الزيلعى وغيره وفى كفالة الاشباه عن بيوع الخانية من فصل الغرور الغرور لا يوجب الرجوع الا فى ثلاث منها هذه وضابطها أن يكون فى عقد يرجع نفعه الى الدافع كوديعة واجارة فلو هلكا ثم استحقا رجع على الدافع بما ضمنه ولا رجوع فى عارية وهبة لكون القبض لنفسه الثانية أن يكون فى ضمن عقد معاوضة كبايعوا عبدى أو ابنى فقد أذنت له ثم ظهر حرّا او ابن الغير رجعوا عليه للغرور ان كان الاب حرّا والا فبعد العتق وهذا ان أضافه اليه وأمر بمبايعته ومنه لو بنى المشترى أو استولد ثم استحقا رجع على البائع بقيمة البناء والولد ومنه ما يأتى فى باب الاستحقاق اشترنى فأنا عبد ارتهنى الثالثة اذا كان الغرور بالشرط

المشترى على العبد ورجع العبد على بائعه بما رجع به عليه وانما يرجع مع أن البائع لم يأمره بالضمان عنه لانه أدى دينه وهو مضطر فى أدائه بخلاف من أدى عن آخر دينا بلا امره والتقييد بقوله اشترنى فأنا عبد لانه لو قال أنا عبد ولم يأمره بالشراء او قال اشترنى ولم يقل فأنا عبد لايرجع عليه بشئ ولو قال ارتهنى فأنا عبد الراهن لم يرجع على العبد ولو الراهن غائبا فى ظاهر الرواية عنهم وعن أبى يوسف لايرجع فى البيع والرهن لان الرجوع بالمعاوضة وهى المبايعة هنا أو بالكفالة ولم يوجدا هنا بل وجد مجرد الاخبار كاذبا فصار كما لو قال اجنبى لشخص ذلك ولهما أن المشترى شرع فى الشراء معتمدا على أمره واقراره فكان مغرورا من جهته والتغرير فى المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الامكان فكان بتغريره ضامنا الدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع كالمولى اذا قال لاهل السوق بايعوا عبدى فانى اذنت له ثم ظهر استحقاق العبد فانهم يرجعون على المولى بقيمة العبد ويجعل المولى بذلك ضامنا الدرك ماذاب عليه دفعا للغرور عن الناس بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه ولو كان عقد معاوضة كان استبدالا به قبل قبضه وهو حرام وبخلاف الاجنبى فانه لايعبأ بقوله فالرجل هو الذى اغتر اه ملخصا من الفتح فى اول باب الاستحقاق (قوله كما لو زوجه امرأة على أنها حرة) اى بأن كان وليا أو وكيلا عنها وهذا بخلاف ما اذا اخبره بأنها حرة فتزوجها كما مر فى عبارة الاشباه (قوله استظهر المصنف لا) حيث قال ولم اطلع فى كلامهم على مالو مات من ثبت فى حقه التغرير هل ينتقل الحق فيه الى وارثه حتى يملك الرد كما فى خيار العيب اولا كما فى خيار الرؤية والشرط لكن الظاهر عندى الثانى وقواعدهم شاهدة به فقد صرحوا بأن الحقوق المجردة لاتورث وأما خيار العيب فانما يثبت فيه حق الرد للوارث باعتبار أن الوارث ملكه سليما فاذا ظهر فيه على عيب رده وليس ذلك بطريق الارث كما يفيده كلامهم وتعليلهم عدم ثبوت الخيار للوارث فى خيار الرؤية والشرط بأنه ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله الى الوارث وهكذا عرضته على بعض الاعيان من اصحابنا فارتضاه ووافق بموجبه اه قلت ويؤيده ما بحثه فى البحر من أن خيار ظهور الخيانة لايورث مستندا لذلك بما مر من انه لو هلك المبيع لزمه جميع الثمن وعلله بأنه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط الخ ما قدمناه هناك وفى مجموعة السايحانى بخطه وأجاد المصنف بالاستشهاد بخيار الشرط لان الكل لدفع الخداع فاذا كان خيار الشرط الملفوظ به لا يورث فكيف غير الملفوظ مع كونه مختلفا فيه اه (قوله قلت وقدمناه الخ) قدمنا هناك أن ذلك لم يذكر فى الدرر بل ذكره المصنف هناك أيضا وقدمنا أيضا أن الخير الرملى نقل عن العلامة المقدسى انه قال والذى اميل اليه انه مثل خيار العيب يعنى فيورث اه وهذا خلاف ما عزاه الشارح الى حاشية ابن المصنف عن المقدسى وقدمنا أيضا أن الخير الرملى وافق المقدسى فى انه يورث قياسا على خيار فوات الوصف المرغوب فيه كشراء عبد على انه خباز وقال انه به اشبه لانه اشتراه على قول البائع فكان شارطا له اقتضاء وصفا مرغوبا فيه فبان بخلافه اه وقدمنا هناك ترجيح ما بحثه المصنف من انه لايورث كخيار ظهور الخيانة فى المرابحة وانه به اشبه فراجعه فانهم (قوله ومال الى انه يورث) المراد بالارث انتقاله الى الوارث بطريق الخليفة لا بطريق الارث حقيقة كما علم مما نقلناه من عبارة المصنف فى المنح وحققناه فى باب خيار الشرط وعلمت ترجيح ما بحثه المصنف أولا (قوله قبيل التاسعة) صوابه قبيل العاشرة (قوله ويصير مغرورا) عبارة الاشباه ثم اعلم أن ملك الوارث بطريق الخلافة عن الميت فهو قائم مقامه كانه حى فيرد المبيع بعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بالجارية التى اشتراها الميت الخ قلت ومعناه أن الوارث لو استولد الجارية ثم استحقت فالولد حر بالقيمة لكونه وطئها بناء على انها ملكه فيرجع بما ضمن على بائع مورثه كما لو استولدها المورث وأنت خبير بأن هذا لايدل على انه يثبت له خيار الرد بالتغرير فيما اذا اشترى مورثه شيأ بغبن فاحش بتغرير البائع لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن بخلاف ثبوت حرية ولده فانه ليس بخيار فهذا تأييد بما لا يفيد فافهم (قوله وقدمنا) اى قبيل باب خيار الرؤية (قوله انتفى الغرر) كما لو اشترى سويقا على أن البائع لته بمن من السمن وتقابضا والمشترى ينظر اليه فظهر أنه لته بنصف من جاز البيع ولا خيار للمشترى وهو نظير ما لو اشترى صابونا على انه متخذ من كذا جرة من الدهن ثم ظهر أنه اتخذ بأقل من ذلك والمشترى كان ينظر الى الصابون وقت الشراء جاز البيع من غير

كما لو زوجه امرأة على انها حرة ثم استحقت رجع على المخبر بقيمة الولد المستحق وسيجىء آخر الدعوى (فرع) هل ينتقل الرد بالتغرير الى الوارث استظهر المصنف لا لتصريحهم بأن الحقوق المجردة لا تورث قلت وفى حاشية الاشباه لابن المصنف وبه أفتى شيخنا العلامة على المقدسى مفتى مصر قلت وقدمناه فى خيار الشرط معزيا للدرر لكن ذكر المصنف فى شرح منظومته الفقهية ما يخالفه ومال الى أنه يورث كخيار العيب ونقله عنه ابنه فى كتابه معونة المفتى فى كتاب الفرائض وأيده بما فى بحث القول فى الملك من الاشباه قبيل التاسعة أن الوارث يرد بالعيب ويصير مغرورا بخلاف الوصى فتأمل وقدمنا عن الخانية أنه متى عاين ما يعرف بالعيان انتفى الغرر فتدبر

خيار ظهيرية قلت وكون ذلك مما يعرف بالعيان غير ظاهر فليتأمل وقدمنا تمامه هناك والله سبحانه أعلم

(فصل في التصرف في المبيع والثمن الخ)

اوردها في فصل على حدة لانها ليست من المرابحة غير أن صحتها لما توقفت على القبض كان لها ارتباط بالتصرف بالمبيع قبل القبض والباقي استطراد نهر (قوله صح بيع عقار الخ) اى عندهما وقال محمد لا يجوز وعبر بالصحة دون النفاذ واللزوم لانهما موقوفان على نقد الثمن أو رضى البائع والا فللبائع ابطاله اى ابطال بيع المشتري وكذا كل تصرف يقبل النقض اذا فعله المشتري قبل القبض او بعده بغير اذن البائع فللبائع ابطاله بخلاف ما لا يقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد بحر وقوله او بعده بغير اذن البائع الجار والمجرور متعلق بالضمير العائد على القبض اى بعد القبض الواقع بلا اذنه لان قبض المبيع قبل نقد الثمن بلا اذن البائع غير معتبر لان له استرداده وحبسه الى قبض الثمن وقيد بالبيع لانه لو اشترى عقارا فوهبه قبل القبض من غير البائع يجوز عند الكل كما في البحر عن الخانية اى لحصول القبض بقبض الموهوب له كما يأتي واحترز به عن الاجارة فانها لا تصح كما يأتي (قوله من بائعه) متعلق بقبض لا ببيع لان بيعه من بائعه قبل قبضه فاسد كما في المنقول ويراجع ط (قوله لعدم الغرر) اى غرر انفساخ العقد على تقدير الهلاك وعلله بقوله لندرة هلاك العقار ط (قوله حتى لو كان الخ) تفريع على مفهوم قوله لا يخشى هلاكه (قوله ونحوه) بأن كان في موضع لا يؤمن أن تغلب عليه الرمال ح عن النهر ومثله في الفتح (قوله كان كمنقول) أي بمنزلته من حيث لحوق الغرر بهلاكه (قوله ككتابة) قال في الجوهرة وفي الكتابة يحتمل أن يقال لا تجوز لانها عقد مبادلة كالبيع ويحتمل أن يقال تجوز لانها اوسع من البيع جوازا اه لكن قال الزيلعي ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبائع حبسه بالثمن لان الكتابة محتملة للفسخ فلم تنفذ في حق البائع نظرا له وان نقد الثمن نفذت لزوال المانع اه قال في البحر ولا خصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف كما قدمناه اه وبه علم أن الكتابة تصح لكنها تتوقف فلا يناسب قوله فلا يصح اتفاقا كما أفاده ح فكان المناسب اسقاطها (قوله واجارة) اى اجارة العقار فانها لا تصح اتفاقا وقيل على الخلاف والصحيح الاول لان المعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر وهو الصحيح كذا في الفوائد الظهيرية وعليه الفتوى كذا في الكافي فتح وغيره (قوله وبيع منقول) مجرور بالعطف على كتابة وهو في عبارة المصنف مرفوع والاولى في التعبير أن يقول حتى لو كان علوا أو على شط نهر أو نحوه أو آجره كان كمنقول ولا يصح بيع منقول الخ وفي البحر ودخل في البيع الاجارة لانها بيع المنافع اى وهي في حكم المنقول والصلح لانه بيع اه اى الصلح عن الدين كما في الفتح وتعبير النهر بالخلع سبق قلم ثم قال في البحر وأراد بالمنقول المبيع المنقول فجاز بيع غيره كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد (قوله ولو من بائعه) مرتبط بقوله وبيع منقول ط (قوله كما سيجيء) اى قريبا في قول المصنف ولو باعه منه قبله لم يصح ط (قوله بخلاف عتقه وتدبيره) يوهم أن فيه خلاف محمد الآتي وليس كذلك ففي الجوهرة وأما الوصية والعتق والتدبير واقراره بانها أم ولده يجوز قبل القبض بالاتفاق اه وفي البحر وأما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز لان الغرر لا يمنع جوازه بدليل صحة تزويج الآبق ولو زوجها قبل القبض ثم فسخ البيع انفسخ النكاح على قول أبي يوسف وهو المختار كما في الولوالجية (قوله من غير بائعه) قيد به ليفهم أنه لو كان من بائعه فهو كذلك بالاولى (قوله وهو الاصح) صرح به الزيلعي وغيره خلافا لابي يوسف (قوله والاصل الخ) قال في الفتح الاصل أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة اذا كانت عينا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك ولا أن يشرك فيه غيره وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينا وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول أبي يوسف ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض فهو جائز لانه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال أطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائبا عنه في القبض ثم قابضا لنفسه اه ملخصا قلت وحيث مشى المصنف على قول محمد كان ينبغي للشارح ذكر الاصل الثاني أيضا لانه يظهر

(فصل) في التصرف في المبيع والثمن قبل القبض والزيادة والحط فيهما وتأجيل الديون (صح بيع عقار لا يخشى هلاكه قبل قبضه) من بائعه لعدم الغرر لندرة هلاك العقار حتى لو كان علوا أو على شط نهر ونحوه كان كمنقول فـ(لا) يصح اتفاقا ككتابة واجارة و(بيع منقول) قبل قبضه ولو من بائعه كما سيجيء (بخلاف) عتقه وتدبيره و(هبته والتصدق به واقراضه) ورهنه واعارته (من غير بائعه) فانه صحيح (على) قول محمد وهو (الاصح) والاصل أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز وما لا فجائز عيني

عما ذكرنا أن الاصل الاول غير خاص بقول أبي يوسف الا أن الشق الاول منه وهو ما ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض كالبيع والاجارة لا يجوز التصرف قبل القبض في عوضه المعين عند أبي يوسف مطلقا وأجاز محمد فيه كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة ونحوها لان الهبة لما كانت لا تتم الا بالقبض صار الموهوب له نائبا عن الواهب وهو المشتري الذي وهبه المبيع قبل قبضه ثم يصير قابضا لنفسه فتتم الهبة بعد القبض بخلاف التصرف الذي يتم قبل القبض كالبيع مثلا فانه لا يجوز لانه اذا قبضه المشتري الثاني لا يكون قابضا عن الاول لعدم توقف البيع على القبض فيلزم منه تمليك المبيع قبل قبضه وهو لا يصح لكن يرد على الاصل المذكور العتق والتدبير بأن أعتق أو دبر المبيع قبل قبضه فقد علمت جوازه اتفاقا مع أنه يتم قبل القبض وهو تصرف في عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض فليتأمل (قوله فقبله) اى قبل هبته فان لم يقبلها بطلت والبيع صحيح على حاله جوهرة (قوله لان الهبة مجاز عن الاقالة) يقال هب لي ديني وأقلني عثرتي وانما كان كذلك لان قبض البائع لا ينوب عن قبض المشتري كما في شرح المجمع (قوله بخلاف بيعه) فانه لا يحتمل المجاز عن الاقالة لانه ضدها ط عن الشلبي (قوله مطلقا) اى سواء باعه من بائعه او من غيره ح (قوله قلت الخ) استدراك على قول الجوهرة فانه باطل (قوله ونفي الصحة) اى الواقع في المتن يحتملهما اى يحتمل البطلان والفساد والظاهر الثاني لان علة الفساد الغرر كما مر مع وجود ركني البيع وكثيرا ما يطلق الباطل على الفاسد أفاده ط (تتمة) جميع ما مر انما هو في تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه فلو تصرف فيه البائع قبل قبضه فاما بأمر المشتري او لا فلو بأمره كأن أمره أن يهبه من فلان أو يؤجره ففعل وسلم صح وصار المشتري قابضا وكذا لو أعار البائع او وهب أو رهن فأجاز المشتري ولو قال ادفع الثوب الى فلان يمسكه الى أن أدفع لك ثمنه فهلك عند فلان لزم البائع لان امساك فلان لاجل البائع ولو أمره بالبيع فان قال بعه لنفسك أو بعه ففعل كان فسخا وان قال بعه لي لا يجوز وأما تصرفه بلا أمر المشتري كما لو رهن المبيع قبل قبضه أو آجره أو أودعه فمات المبيع انفسخ بيعه ولا تضمين لانه لو ضمنهم رجعوا على البائع ولو اعاره أو وهبه فمات أو أودعه فاستعمله المودع فمات فان شاء المشتري أمضى البيع وضمن هؤلاء وان شاء فسخه لانه لو ضمنهم لم يرجعوا على البائع ولو باعه البائع فمات عند المشتري الثاني فللاول فسخ البيع وله تضمين المشتري الثاني فيرجع بالثمن على البائع ان كان نقده اه ملخصا من البحر عن الخانية وفي جامع الفصولين شراه ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر بأكثر فأجازه المشتري لم يجز لانه بيع ما لم يقبض اه ويظهر منه ومما قبله أنه يبقى على ملك المشتري الاول فله أخذه من الثاني لو قائما وتضمينه لو هالكا والظاهر أن له أخذ القائم لو كان نقد الثمن لبائعه والا فلا الا باذن بائعه تأمل (قوله اشترى مكيلا الخ) قيد بالشراء لانه لو ملكه بهبة أو ارث او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل والمطلق من البيع ينصرف الى الكامل وهو الصحيح منه حتى لو باع ما اشتراه فاسدا بعد قبضه مكايلة لم يحتج المشتري الثاني الى اعادة الكيل قال ابو يوسف لان البيع الفاسد يملك بالقبض كالقرض (قوله اى كره تحريما) فسر الحرمة بذلك لان النهي خبر آحاد لا يثبت به الحرمة القطعية وهو ما أسنده ابن ماجه عن جابر رضي الله تعالى عنه أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري وبقولنا أخذ مالك والشافعي واحمد وحين علله الفقهاء بأنه من تمام القبض ألحقوا بمنع البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما ولا خلاف في أن النص محمول على ما اذا وقع البيع مكايلة فلو اشتراه مجازفة له التصرف فيه قبل الكيل واذا باعه مكايلة يحتاج الى كيل واحد للمشتري وتمامه في الفتح (قوله وقد صرحوا بفساده) صرح محمد في الجامع الصغير بما نصه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال اذا اشتريت شيئا مما يكال أو يوزن أو يعد فاشتريت ما يكال كيلا وما يوزن وزنا وما يعد عدا فلا تبعه حتى تكيله وتزنه وتعده فان بعته قبل أن تفعل وقد قبضته فالبيع فاسد في الكيل والوزن اه ط قلت وظاهره أن الفاسد هو البيع الثاني وهو بيع المشتري قبل كيله وأن الاول وقع صحيحا لكنه يحرم عليه التصرف فيه من اكل أو بيع حتى يكيله فاذا باعه قبل كيله وقع البيع الثاني فاسدا لما مر من أن العلة كون الكيل من تمام القبض فاذا باعه قبل كيله فكأنه باع قبل القبض وبيع المنقول قبل قبضه لا يصح فكانت هذه المسألة من فروع التي قبلها فلذا أعقبها بها قبل ذكر

مطلب في تصرف البائع في المبيع قبل القبض

(و) المنقول (لو وهبه من البائع قبل قبضه فقبله) البائع (انتقض البيع ولو باعه منه قبله لم يصح) هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول لان الهبة مجاز عن الاقالة بخلاف بيعه قبله فانه باطل مطلقا جوهرة قلت وفي المواهب وفسد بيع المنقول قبل قبضه انتهى ونفي الصحة يحتملهما فتدبر (اشترى مكيلا بشرط الكيل حرم) اى كره تحريما (بيعه واكله حتى يكيله) وقد صرحوا بفساده

التصرف في الثمن والتحقيق أن يقال اذا ملك زيد طعاما ببيع مجازفة أو بارث ونحوه ثم باعه من عمرو مكايلة سقط هنا صاع البائع لان ملكه الاول لا يتوقف على الكيل وبقي الاحتياج الى كيل للمشتري فقط فلا يصح بيعه من عمرو بلا كيل فهنا فسد البيع الثاني فقط ثم اذا باعه عمرو من بكر لابد من كيل آخر لبكر فهنا فسد البيع الاول والثاني لوجود العلة في كل منهما (قوله كما بسطه الكمال) حيث قال ونص في الجامع الصغير على أنه لو اكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه اكل حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه آثم لتركه ما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها ثم اكلها وتقدم أنه لا يحل اكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا يبين أن ليس كل ما لا يحل اكله أن يقال فيه اكل حراما اه ما في الفتح وحاصله أنه اذا حرم الفعل وهو الاكل لا يلزم منه أن يكون اكل حراما لانه قد يكون المأكول حراما كالميتة وملك الغير وقد لا يكون حراما كما هنا وكالمشتري فاسدا بعد قبضه لانه ملكه ومثله مالو دخل دار الحرب بأمان وسرق منهم شيأ وأخرجه الى دارنا ملكه ملكا خبيثا ويجب عليه رده عليهم وكذا لو غصب شيأ واستهلكه بخلط ونحوه حتى ملكه ولم يؤد ضمانه يحرم عليه التصرف فيه بأكل ونحوه وان كان ملكه (قوله والمعدود) اي الذي لا تتفاوت آحاده كالجوز والبيض فتح وعن الامام أنه يجوز في المعدود قبل العد وهو قولهما كذا في المعراج والاول هو أظهر الروايتين عن الامام كما في الفتح نهر (قوله لاحتمال الزيادة) علة لقوله حرم أو لقوله وقد صرح بفساده قال في الهداية بعد تعليله بالنهي المار ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه قال في الفتح واذا عرف أن سبب النهي أمر يرجع الى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير اه (قوله بخلافه مجازفة) محترز قوله بشرط الكيل وقوله بشرط الوزن والعد أي لو اشتراه مجازفة له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له اي الاصل والزيادة اي الزيادة على ما كان يظنه بأن اشترى صبرة على ظن انها عشرة فظهرت خمسة عشر وتمامه في العناية ومثل الشراء مجازفة مالو ملكه بهبة أو ارث أو وصية كما مر أو بزراعة او استقرض حنطة على أنها كر لان الاستقراض وان كان تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما فكان تمليكا بلا عوض حكما كما في الفتح ولو باع أحد هؤلاء مكايلة فلا بد من كيل المشتري وان سقط كيل البائع كما قدمناه وفي الفتح ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض لا يجوز في ظاهر الرواية لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز اه وبه ظهر أن قوله بخلافه مجازفة مقيد بما اذا لم يكن البائع اشترى مكايلة (قوله لجواز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن) كذا في البحر عن الايضاح والظاهر أن هذا مفروض فيما اذا كان في عقد صرف او سلم والا فالدراهم والدنانير ثمن ويأتي أنه يجوز التصرف في الثمن قبل قبضه (قوله كبيع التعاطي الخ) عبارة البحر وهذا كله في غير بيع التعاطي أما هو فقال في القنية ولا يحتاج الخ وظاهر قوله وهذا كله أنه لا يتقيد بالموزونات بل التعاطي في المكيلات والمعدودات كذلك وهو مفاد التعليل أيضا بأنه صار بيعا بعد القبض فانه لا يخص الموزونات لكن فيه أن مقتضى هذا أنه لا يصير بيعا قبل القبض ولعله مبني على القول بأنه لا بد فيه من القبض من الجانبين والاصح خلافه وعليه فلو دفع الثمن ولم يقبض صح وقدمنا في أول البيوع عن القنية دفع الى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة وقال له بكم تبيعها فقال مائة بدينار فسكت المشتري ثم طلب منه الحنطة ليأخذها فقال البائع غدا أدفع لك ولم يجر بينهما بيع وذهب المشتري فجاء غدا ليأخذ الحنطة وقد تغير السعر فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الاول اه وتمامه هناك فتأمل (قوله وكفى كيله من البائع بحضرته) قال في الخانية لو اشترى كيليا مكايلة أو موزونا موازنة فكال البائع بحضرة المشتري قال الامام ابن الفضل يكفيه كيل البائع ويجوز له أن يتصرف فيه قبل أن يكيله اه قلت وأفاد أن الشرط مجرد الحضرة لا الرؤية لما في القنية يشتري من الخباز خبزا كذا منا فيزنه وكفة سنجات ميزانه في دربنده فلا يراه المشتري أو من البائع كذا منا فيزنه في حانوته ثم يخرجه اليه موزونا لا يجب عليه اعادة الوزن وكذا اذا لم يعرف عدد سنجاته اه (قوله لا قبله أصلا الخ) اي لو كاله البائع قبل البيع لا يكفي اصلا اي ولو بحضرة المشتري وكذا لو كاله بعد البيع بغيبة المشتري لما علمت من أن الكيل من تمام التسليم ولا تسليم

وبأنه لا يقال لاكله انه اكل حراما لعدم التلازم كما بسطه الكمال لكونه اكل ملكه (ومثله الموزون والمعدود) بشرط الوزن والعد لاحتمال الزيادة وهي لـ بائع بخلافه مجازفة لان الكل للمشتري وقيد بقوله (غير الدراهم والدنانير) لجواز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كبيع التعاطي فانه لا يحتاج في الموزونات الى وزن المشتري ثانيا لانه صار بيعا بالقبض بعد الوزن قنية وعليه الفتوى خلاصة (وكفى كيله من البائع بحضرته) اي المشتري (بعد البيع) لا قبله اصلا أو بعده بغيبته

مع الغيبة (قوله فلو كيل الخ) تفريع على قوله لاقبله أصلا لان قوله لعدم كيل الاول مبنى على عدم اعتبار الكيل الواقع بحضرته قبل شرائه ثم ان عبارة الفتح هكذا ومن هنا نشأ فرع وهو مالو كيل طعام بحضرة رجل ثم اشتراه فى المجلس ثم باعه مكايلة قبل أن يكاله بعد شرائه لايجوز هذا البيع سواء اكاله للمشترى منه اولا لانه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع مالم يقبض فلا يجوز اه ومثله فى البحر والمنح فقوله سواء اكاله للمشترى منه اولا الخ صريح فى أن فاعل اكاله هو المشترى الاول الذى كيل الطعام بحضرته ثم اشتراه ثم باعه وقول الشارح وان اكاله الثانى صريح فى أن فاعل اكاله هو المشترى الثانى وعبارة الفتح أحسن لافادتها أن هذا الكيل الواقع من المشترى الاول للمشترى الثانى لايكفيه عن كيل نفسه لوقوعه بعد بيعه للثانى فكان بمعاقبل القبض لعدم اعتبار الكيل الواقع اولا بحضرته قبل شرائه وأما على عبارة الشارح فلاشبهة فى عدم الجواز ثم ان ما أفاده كلام الفتح من أن كيله للمشترى منه لايكفى عن كيل نفسه ظاهر للتعليل الذى ذكره لكنه مخالف لما شرح به كلام الهداية اولا حيث قال وان كاله بعد العقد بحضرة المشترى مرة كفاه ذلك حتى يحل للمشترى التصرف فيه قبل كيله وعند البعض لا بد من الكيل مرتين اه ملخصا فان قوله كفاه اى كفى البائع وهو المشترى الاول يفيد أنه يكفيه ذلك عن الكيل لنفسه ولعل الشارح لاجل ذلك جعل فاعل اكاله المشترى الثانى لكن الظاهر عدم الاكتفاء بذلك الكيل وان وقع من المشترى الاول بعد البيع لما ذكره من التعليل والله سبحانه أعلم (قوله ولو كان المكيل أو الموزون ثمنا) اى بأن اشترى عبدا مثلا بكر بر أو برطل زيت ثم لا يخفى أن هذه المسألة من أفراد قوله الآتى وجاز التصرف فى الثمن قبل قبضه وقد تبع المصنف شيخه فى ذكرها هنا (قوله فقبل الكيل اولى) لان الكيل من تمام القبض كما مر (قوله وان اشتراه بشرطه) اى وان اشترى المذروع بشرط الذرع (قوله فى حرمة ماذكر) اى من البيع ولا يصح ارادة الاكل هنا وفى حكم البيع كل تصرف ينبنى على الملك ط (قوله والاصل مامر مرارا الخ) منها ماقدمه اول البيع عند قوله وان باع صبرة الخ وقدمنا هنالك وجه الفرق بين كون الذرع فى القيميات وصفا وكون القدر بالكيل او الوزن فى المثليات أصلا وهو كون التشقيص يضر الاول دون الثانى الخ وذكر فى الذخيرة الفرق بأن الذرع عبارة عن الزيادة او النقصان فى الطول والعرض وذلك وصف (قوله فيكون كله للمشترى) قال فى الفتح فلو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشترى ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك اه (قوله الا اذا كان مقصودا) بأن أفرد لكل ذراع ثمنا لانه بذلك التحق بالقدر فى حق ازدياد الثمن فصار المبيع فى هذه الحالة هو الثوب المقدر وذلك يظهر بالذرع والقدر معقود عليه فى المقدرات حتى يجب رد الزيادة فيما لا يضره التبعيض ويلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه اه ط عن الزيلعى (قوله واستثنى ابن الكمال الخ) اى بحثا ومايضره التبعيض كمصوغ فيجوز التصرف فيه قبل وزنه ولو اشتراه بشرطه والاولى للشارح ذكر هذا عند قول المصنف ومثله الموزون ط وعبارة ابن الكمال هى قوله بعد ذكر الاصل المار ولا يخفى أن موجب هذا التعليل أن يستثنى مايضره التبعيض من جنس الموزون لان الوزن فيه وصف على مامر اه (قوله وجاز التصرف فى الثمن الخ) الثمن مايثبت فى الذمة دينا عند المقابلة وهو النقدان والمثليات اذا كانت معينة وقوبلت بالاعيان أو غير معينة وصحبها حرف الباء وأما المبيع فهو القيميات والمثليات اذا قوبلت بنقد أو بعين وهى غير معينة مثل اشتريت كر بر بهذا العبد هذا حاصل مافى الشرنبلالية عن الفتح وسيذكره المصنف فى آخر الصرف (قوله او غيرهما) كاجارة ووصية منح (قوله اى مشارا اليه) هذا التفسير لم يذكره ابن ملك بل زاده الشارح والمراد بالمشار اليه مايقبل الاشارة فيوافق تفسير بعضهم له بالحاضر وذكر ح أنه يشمل القيمى والمثلى غير النقدين واعترضه ط بأنه لاوجه له لان الباعث للشارح على هذا التفسير ادخال النقدين لانه يتوهم من العين العرض ليقابل قوله ولو دينا قلت أنت خبير بأن دخول القيمى هنا لاوجه له أصلا لان الكلام فى الثمن وهو مايثبت دينا فى الذمة والقيمى مبيع لاثمن وانما مراد الشارح بيان أن الثمن قسمان لانه تارة يكون حاضرا كما لو اشترى عبدا بهذا الكر من البر او بهذه الدراهم فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة وغيرها من المشترى وغيره وتارة يكون دينا فى الذمة

فلو كيل بحضرة رجل فشراه فباعه قبل كيله لم يجز وان اكاله الثانى لعدم كيل الاول فلم يكن قابضا فتح (ولو كان) المكيل او الموزون (ثمنا جاز التصرف فيه قبل كيله ووزنه) لجوازه قبل القبض فقبل الكيل اولى (لا) يحرم (المذروع) قبل ذرعه (وان اشتراه بشرطه الا اذا أفرد لكل ذراع ثمنا فهو) فى حرمة ماذكر (كموزون) والاصل مامر مرارا أن الذرع وصف لاقدر فيكون كله للمشترى الا اذا كان مقصودا واستثنى ابن الكمال من الموزون مايضره التبعيض لان الوزن حينئذ فيه وصف (وجاز التصرف فى الثمن) بهبة اوبيع اوغيرهما لو عينا اى مشارا اليه

مطلب
فى بيان الثمن والمبيع والدين

كما لو اشترى العبد بكر بر أو عشرة دراهم في الذمة فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكه من المشترى فقط لانه تمليك الدين ولا يصح الا ممن هو عليه ثم لا يخفى أن الدين قد لا يكون ثمنا فقد ظهر أن بينهما عموما وخصوصا من وجه لاجتماعهما في الشراء بدراهم في الذمة وانفراد الثمن بالشراء بعبد وانفراد الدين في التزوج او الطلاق على دراهم في الذمة (قوله فالتصرف فيه تمليك ممن عليه الدين) في بعض النسخ تمليكه وهي الموافقة لقول ابن ملك فالتصرف فيه هو تمليكه الخ اى أن التصرف فيه الجائز هو كذا (قوله ولو بعوض) كأن اشترى البائع من المشترى شيأ بالثمن الذى له عليه او استأجر به عبدا أو دارا للمشترى ومثال التمليك بغير عوض هبته ووصيته له نهر فاذا وهب منه الثمن ملكه بمجرد الهبة لعدم احتياجه الى القبض وكذا الصدقة ط عن أبى السعود (قوله ولا يجوز من غيره) اى لا يجوز تمليك الدين من غير من عليه الدين الا اذا سلطه عليه واستثنى في الاشباه من ذلك ثلاث صور الاولى اذا سلطه على قبضه فيكون وكيلا قابضا للموكل ثم لنفسه الثانية الحوالة الثالثة الوصية (قوله ككيل) فانه اذا اشترى العبد بهذا الكر من البر تعين ذلك الكر فلا يجوز له دفع كر غيره (قوله كنقود) فاذا اشترى بهذا الدرهم له دفع درهم غيره وعدم تعين النقد ليس على اطلاقه بل ذلك في المعاوضات وفي العقد الفاسد على احدى الروايتين وفي المهر ولو بعد الطلاق قبل الدخول وفي النذر والامانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب والوكالة قبل التسليم أو بعده ويتعين في الصرف بعد هلاكه وبعد هلاك المبيع وفي الدين المشترك فيؤمر برد نصف ما قبض على شريكه وفيما اذا تبين بطلان القضاء بأن أقر بعد الاخذ أنه لم يكن له على خصمه شئ فيرد عين ما قبض لو قائما وتمامه في الاشباه في أحكام النقد وقدمناه في أواخر البيع الفاسد (قوله فلو باع الخ) تفريع على قول المصنف وجاز التصرف في الثمن الخ (قوله أو بكر بر) الكر كيل معروف وهو ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف مصباح (قوله جاز أخذ بدلهما شيأ آخر) لكن بشرط أن لا يكون افترقا فابدين كما يأتى في القرض (قوله وكذا الحكم في كل دين) اى يجوز التصرف فيه قبل قبضه لكن بشرط أن يكون تمليكا ممن عليه بعوض أو بدونه كما علمت ولما كان الثمن أخص من الدين من وجه كما قررناه بين أن ما عداه من الدين مثله (قوله كمهر الخ) وكذا القرض قال في الجوهرة وقد قال الطحاوى ان القرض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهو ليس بصحيح اه (قوله وضمان متلف) اى ضمانه بالمثل لو مثليا والا فبالقيمة فافهم (قوله بمال) قيد لخلع وعتق لانهما بدون مال لا يكون لهما بدل فافهم (قوله وموروث وموصى به) قال الكمال وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكان للميت ذلك التصرف فكذا للوارث وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث اه ومثله للاتقانى وهذا كالصريح في جواز تصرف الوارث في الموروث وان كان عينا ط (قوله سوى صرف وسلم) سيأتى في باب السلم قوله ولا يجوز التصرف للمسلم اليه في رأس المال ولا لرب السلم في المسلم فيه قبل قبضه بنحو بيع وشركة ولو ممن عليه ولا شراء المسلم اليه برأس المال بعد الاقالة قبل قبضه بحكم الاقالة بخلاف بدل الصرف حيث يجوز الاستبدال عنه لكن بشرط قبضه في مجلس الاقالة لجواز تصرفه فيه بخلاف السلم اه وسيأتى بيانه ومرت مسألة الاقالة في بابها (قوله فلا يجوز أخذ خلاف جنسه) الاولى أن يقول فلا يجوز التصرف فيه ط (قوله لفوات شرطه) وهو القبض في بدلى الصرف ورأس مال السلم قبل الافتراق (قوله وصح الزيادة فيه) قال في البحر لو عبر باللزوم بدل الصحة لكان اولى لانها لازمة حتى لو ندم المشترى بعد ما زاد يجبر اذا امتنع كما في الخلاصة اه (قوله في المجلس) اى مجلس العقد أو بعده (قوله أو من أجنبى) فان زاد بأمر المشترى تجب على المشترى لا على الاجنبى كالصلح وان بغير أمره فان أجاز المشترى لزمته وان لم يجز بطلت ولو كان حين زاد ضمن عن المشترى أو أضافها الى مال نفسه لزمته الزيادة ثم ان كان بأمر المشترى رجع والا فلا بحر عن الخلاصة (قوله في غير صرف) يوهم أن الزيادة فيه لا تصح مع أنها تصح وتفسده كما يذكره قريبا وكأنه حمل الصحة على الجواز والحل أو أراد من عدم الصحة في الصرف فساده (قوله في المجلس) اى مجلس الزيادة (قوله لو ندم الخ) أشار الى أن الزيادة لازمة كما مر (قوله على الظاهر) اى ظاهر الرواية كما في الهداية وفي رواية الحسن أنها تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه (قوله بأن باعه ثم شراه) من صور الهلاك حكما لان تبدل الملك كتبدل العين ولذا يمتنع بذلك رده بالعيب والرجوع في الهبة

مطلب
فيما تتعين فيه النقود وما لا تتعين

٢ مطلب
في تعريف الكر

ولو دينا فالتصرف فيه تمليك ممن عليه الدين ولو بعوض ولا يجوز ٢ من غيره ابن ملك (قبل قبضه) سواء (تعين بالتعيين) ككيل (اولا) كنقود فلو باع ابلا بدراهم او بكر بر جاز أخذ بدلهما شيأ اخر (وكذا الحكم في كل دين قبل قبضه كمهر وأجرة وضمان متلف) وبدل خلع وعتق بمال وموروث وموصى به والحاصل جواز التصرف في الاثمان والديون كلها قبل قبضها عينى (سوى صرف وسلم) فلا يجوز أخذ خلاف جنسه لفوات شرطه (وصح الزيادة فيه) ولو من غير جنسه في المجلس أو بعده من المشترى أو وارثه خلاصة ولفظ ابن ملك أو من أجنبى (ان) في غير صرف و(قبل البائع) في المجلس فلو بعده بطلت خلاصة وفيها لو ندم بعد ما زاد أجبر (وكان المبيع قائما) فلا تصح بعد هلاكه ولو حكما على الظاهر بأن باعه ثم شراه ثم زاده

وأفاد أنه اذا لم يشتره فكذلك بالاولى (قوله وكونه) اى المبيع محلا للمقابلة اى لمقابلة زيادة الثمن ط قال ح ولا حاجة اليه مع قول الشارح ولو حكما كما لا يخفى (قوله حقيقة) احترازعما اذا خرج عن المحلية بأن هلك حقيقة كموت الشاة أو حكما كالتدبير والكتابة (قوله فلو باع الخ) تفريع على قوله فلا تصح بعد هلاكه وكذا لو وهب وسلم أو طبخ اللحم أو طحن أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشترى الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصيرا لغاصب أحق بهما اذا فعل بالمغصوب ذلك وكذا الزيادة فى المهر شرطها بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا يصح اهـ فتح وروى الحسن فى غير رواية الاصول انها تصح بعد هلاك المبيع وعلى هذه الرواية تصح الزيادة فى المهر بعد الموت نهر قلت وهذه خلاف ظاهر الرواية كما نبه عليه فى الجوهرة وغيرها والعجب من الزيلعى حيث ذكر أن الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع فى ظاهر الرواية وأنها تصح فى رواية النوادر ثم ذكر أن الهلاك الحكمى ملحق بالحقيقى ثم قال ولو أعتق المبيع او كاتبه أو دبره او استولد الامة أو تخمر العصير أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبى حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف الزيادة فى مهر المرأة بعد موتها اهـ فليتأمل (قوله بخلاف ما لو أجر) وكذا لو خاط الثوب أو قطعت يد العبد وأخذ المشترى الارش فتح (قوله لقيام الاسم والصورة) اى فى غير جعل الحديد سيفا فان الصورة تبدلت فيه ط (قوله وصح الحط منه) اى من الثمن وكذا من رأس مال السلم والمسلم فيه كما هو صريح كلامهم رملى على المنح (قوله وقبض الثمن) بالجر عطفا على هلاك وسيأتى بيان الحط بعد قبض الثمن عند قوله ويصح الحط من المبيع الخ (قوله يلتحقان بأصل العقد) هذا والحط من غير الوكيل ففى شفعة الخانية الوكيل بالبيع اذا باع الدار بألف ثم حط عن المشترى مائة صح وضمن المائة للآمر وبرئ المشترى عنها ويأخذ الشفيع الدار بالالف لان حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد (قوله بالاستناد) وهو أن يثبت اولا فى الحال ثم يستند الى وقت العقد ولهذا لا تثبت الزيادة فى صور الهلاك كما مر لان ثبوته فى الحال متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده كالبيع الموقوف لا يبرم بالاجازة بعد هلاك المبيع وقتها كما فى الفتح (قوله فبطل حط الكل) اى بطل التحاقه مع صحة العقد وسقوط الثمن عن المشترى خلافا لما توهمه بعضهم من أن البيع يفسد أخذا من تعليل الزيلعى بقوله لان الالتحاق فيه يؤدى الى تبديله لانه ينقلب هبة أو بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤدى الى تبديله فلا يلتحق به اهـ فقوله فلا يلتحق صريح فى أن الكلام فى الالتحاق وأن قوله فيفسد متفرع على الالتحاق كما صرح به فى شرح الهداية وقال فى الذخيرة اذا حط كل الثمن أو وهب أو أبرأ عنه فان كان قبل قبضه صح الكل ولا يلتحق بأصل العقد وفى البدائع من الشفعة ولو حط جميع الثمن يأخذ الشفيع بجميع الثمن ولا يسقط عنه شئ لان حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد لانه لو التحق لبطل البيع لانه يكون بيعا بلا ثمن فلم يصح الحط فى حق الشفيع وصح فى حق المشترى وكان ابراء له عن الثمن اهـ زاد فى المحيط لانه لاقى دينا قائما فى ذمته وتمامه فى فتاوى العلامة قاسم (قوله وأثر الالتحاق الخ) لا يخفى أن الزيادة تجب على المشترى والمحطوط يسقط عنه لكن لما كان ذلك بين المتعاقدين ربما يتوهم انه لا يتعدى الى غير ذلك العقد فنبه على أن أثر ذلك يظهر فى مواضع (قوله فى تولية ومرابحة) فيولى ويرابح على الكل فى الزيادة وعلى الباقى بعد المحطوط بحر (قوله وشفعة) فيأخذ الشفيع بما بقى فى الحط دون الزيادة كما يأتى (قوله واستحقاق) فيرجع المشترى على البائع بالكل ولو أجاز المستحق البيع أخذ الكل بحر اى كل الثمن والزيادة (قوله وهلاك) حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شئ من الثمن بهلاكها قبل القبض زيلعى قلت ولا يخفى عليك أن هذا فى الزيادة فى المبيع والكلام فى الزيادة فى الثمن فلا يناسب ذكره هنا فافهم (قوله وحبس مبيع) فله حبسه حتى يقبض الزيادة (قوله وفساد صرف) فلو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط وقبل الآخر وقبض الزائد فى الزيادة او المردود فى الحط فسد العقد كأنهما عقداه كذلك من الابتداء عند أبى حنيفة زيلعى ويأتى تمام الكلام عليه اول باب الربا وزاد الزيلعى مما يظهر فيه اثر الالتحاق ما اذا زوج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى اهـ وفى النهر وتظهر فيما لو وجد بالثياب المباعة عيبا رجع بحصته من الثمن مع الزيادة وفيما اذا زاد فى الثمن ما لا يجوز الشراء به وفى المبيع ما لا يجوز بيعه فقبل

زاد فى الخلاصة وكونه محلا للمقابلة فى حق المشترى حقيقة فلو باع بعد القبض اودبر أو كاتب اوماتت الشاة فزاد لم يجز لفوات محل البيع بخلاف ما لو أجر اورهن اوجعل الحديد سيفا أوذبح الشاة لقيام الاسم والصورة وبعض المنافع (و) صح (الحط منه) ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن (و) الزيادة والحط (يلتحقان بأصل العقد) بالاستناد فبطل حط الكل وأثر الالتحاق فى تولية ومرابحة وشفعة واستحقاق وهلاك وحبس مبيع وفساد صرف

فسد العقد كذا فى السراج اهـ وتمامه فيه وكان الشارح لم يذكر هذه الثلاثة لان كلامه فى الثمن تأمل (قوله الحط فقط) لان فى الزيادة ابطال حق الشفيع الثابت قبلها فلا يملكانه فله أن يأخذ بدون الزيادة (قوله ان فى غير سلم) قال الزيلعى ولا تجوز الزيادة فى المسلم فيه لانه معدوم حقيقة وانما جعل موجودا فى الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة فى المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد فى حاجته فلا تجوز اهـ ح ودل كلام السراج على جواز الحط منه رملى (قوله وقبل المشترى) اى فى مجلس الزيادة كما يفيده ما مر فى الزيادة فى الثمن (قوله أيضا) اى كما تلتحق الزيادة فى الثمن ط (قوله فلو هلكت الزيادة الخ) هذا ما قدمه الشارح فى قوله وهلاك (قوله وكذا لو زاد) اى المشترى ط (قوله انفسخ العقد بقدره) فلو اشترى بمائة وتقابضا ثم زاد المشترى عرضا قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد فى ثلثه بحر عن القنية ووجه الانفساخ أن العرض مبيع وان جعل ثمنا وهلاك المبيع قبل القبض يوجب الانفساخ فافهم (قوله فتصح بعد هلاكه) لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بحر عن الخلاصة (قوله بخلافه فى الثمن) الاولى بخلافها ط (قوله كما مر) اى فى قوله وكان المبيع قائما اى لان المبيع بعد هلاكه لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه بخلاف الحط من الثمن لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا بحر (قوله فيرجع) اى المشترى على البائع (قوله لا فى براءة الاستيفاء) لان براءة الاسقاط تسقط الدين عن الذمة بخلاف براءة الاستيفاء مثال الاولى أسقطت وحططت وأبرأت براءة اسقاط ومثال الثانية أبرأتك براءة استيفاء أو قبض أو أبرأتك عن الاستيفاء اهـ ح وحاصله أن براءة الاستيفاء عبارة عن الاقرار بأنه استوفى حقه وقبضه (قوله اتفاقا) يرجع اليهما ط (قوله ولو أطلقها) كما لو قال أبرأتك ولم يقيد بشئ اهـ ح (قوله وأما الابراء المضاف الى الثمن الخ) تابع صاحب البحر حيث ذكر اولا صحة المبيع لو دينا لا عينا وعلله بما مر ثم ذكر حط الثمن وهبته وابراءه وحاصل ما ذكره فى البحر عن الذخيرة أنه لو وهبه بعض الثمن أو أبرأه عنه قبل القبض فهو حط وان حط البعض أو وهبه بعد القبض صح ووجب عليه للمشترى مثل ذلك ولو أبرأه عن البعض بعده لا يصح والفرق أن الدين باق فى ذمة المشترى بعد القضاء لانه لا يقتضى عين الواجب بل مثله الا أن المشترى لا يطالب به لان له مثله على البائع بالقضاء فلا تفيد المطالبة فقد صادفت الهبة والحط دينا قائما فى ذمة المشترى وانما لم يصح الابراء لانه نوعان براءة قبض واستيفاء وبراءة اسقاط فاذا أطلقت تحمل على الاول لانه أقل فكأنه قال أبرأتك براءة قبض واستيفاء وفيه لا يرجع ولو قال براءة اسقاط صح ورجع على البائع أما الهبة والحط فاسقاط فقط واذا وهبه كل الدين أو حط أو أبرأه منه فهو على ما ذكرنا هذا ما ذكره شيخ الاسلام وذكر السرخسى أن الابراء المضاف الى الثمن بعد الاستيفاء صحيح حتى يجب على البائع رد ما قبض وسوى بين الابراء والهبة والحط فيتأمل عند الفتوى اهـ هذا حاصل ما فى البحر عن الذخيرة قال فى النهر وعرف من هذا أنه لا خلاف فى رجوع الدافع بما أداه اذا أبرأه براءة اسقاط وفى عدم رجوعه اذا أبرأه براءة استيفاء وأن الخلاف مع الاطلاق وعلى هذا تفرع ما لو علق طلاقها بابرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق فاذا أبرأته براءة اسقاط وقع ورجع عليها كذا فى الاشباه اهـ قلت والظاهر أن المبيع الدين مثل الثمن فيما ذكر فكان الاولى للشارح أن يقول بعد قوله بخلاف الدين وكذا الثمن لو حط بعضه أو وهبه أو أبرأ عنه قبل القبض وكذا بعده فيرجع المشترى بما دفع لكن لو البراءة براءة اسقاط لا براءة استيفاء اتفاقا ولو أطلقها فقولان فيتأمل عند الفتوى الخ فافهم (قوله وهو المناسب للاطلاق) اى الرجوع هو المناسب لاطلاق البراءة لكن الظاهر ما قاله شيخ الاسلام من حملها عند الاطلاق على براءة القبض والاستيفاء لانه اقل كما مر ولان حملها على معنى الاسقاط يوجب الرجوع عليه بما اخذ وهذا اكثر (قوله لا يثبت بالشك) ولان وقوع الابراء بعد القبض قرينة على أن المراد به براءة القبض الا أن يظهر بقرينة حالية ارادة معنى الاسقاط وعن هذا والله تعالى أعلم قال فيتأمل عند الفتوى اى يتأمل المفتى وينظر ما يقتضيه المقام فى الحادثة المسئول عنها فيفتى به والله سبحانه أعلم (قوله للحوق الحط بأصل العقد) كأنه باعه ابتداء بالقدر الباقى بعد الحط ط اى بخلاف الهبة فكان شرطا لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما (قوله والاستحقاق الخ) المراد به هنا طلب الحق أو ثبوت الحق وقوله لبائع متعلق به ومعناه فى البائع أن له حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن وما زيد

فيه

---

٣ مطلب في بيان براءة الاستيفاء وبراءة الاسقاط

لكن انما يظهر فى الشفعة الحط فقط (و) صح (الزيادة فى المبيع) ولزم البائع دفعها (ان) فى غير سلم زيلعى و (قبل المشترى وتلتحق) أيضا (بالعقد فلو هلكت الزيادة قبل قبض سقط حصتها من الثمن) وكذا لو زاد فى الثمن عرضا فهلك قبل تسليمه انفسخ العقد بقدره قنية ٣ (ولا يشترط للزيادة هنا قيام المبيع) فتصح بعد هلاكه بخلافه فى الثمن كما مر (ويصح الحط من المبيع ان) كان المبيع (دينا وان عينا لا) يصح لانه اسقاط واسقاط العين لا يصح بخلاف الدين فيرجع بما دفع فى براءة الاسقاط لا فى براءة الاستيفاء اتفاقا ولو أطلقها فقولان وأما الابراء المضاف الى الثمن فيصح ولو بهبة أو حط فيرجع المشترى بما دفع على ما ذكره السرخسى فيتأمل عند الفتوى بحر قال فى النهر وهو المناسب للاطلاق وفى البزازية باعه على أن يهبه من الثمن كذا لا يصح ولو على أن يحط من ثمنه كذا جاز للحوق الحط بأصل العقد دون الهبة (والاستحقاق) لبائع أو مشتر أو شفيع (يتعلق بما وقع عليه العقد و) يتعلق (بالزيادة) أيضا

قوله قوله لا يثبت بالشك هكذا بخطه وليست هذه العبارة موجودة فى نسخ الشارح التى بيدى فليحرر اهـ مصححه

فيه ومعناه فى المشترى انه لواستحق منه المبيع رجع على بائعه بالثمن ومازيد فيه كما تقدم وكذا لورده بعيب ونحوه كما يأتى ومعناه فى الشفيع انه لوزاد البائع فى العقار المبيع فان الشفيع يأخذ الكل وعليه فالمراد بالزيادة أعم من أن تكون فى الثمن أوفى المبيع (قوله فلورد الخ) تفريع على قوله أومشتر أى اذا رد المشترى المبيع بخيار عيب أونحوه من خيار شرط أورؤية رجع على بائعه بالكل أى بالثمن ومازيد فيه وفى الجوهرة اذا اشترى عشرة أثواب بمائة درهم فزاده البائع بعد العقد ثوبا آخر ثم اطلع المشترى على عيب فى احد الثياب ان كان قبل القبض فالمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع فى جميعها وان شاء رضى بها وان كان بعد القبض فله رد المعيب بحصته وان كانت الزيادة هى المعيبة اه (قوله ولزم تأجيل كل دين) الدين ماوجب فى الذمة بعقد أواستهلاك وماصار فى ذمته دينا باستقراضه فهو أعم من القرض كذا فى الكفاية ويأتى فى أول الفصل تعريف القرض وأطلق التأجيل فشمل مالوكان الاجل معلوما أومجهولا لكن ان كانت الجهالة متقاربة كالحصاد والدياس يصح لا ان كانت متفاحشة كهبوب الريح كما فى الهداية وغيرها ومر فى باب البيع الفاسد أن الجهالة اليسيرة متحملة فى الدين بمنزلة الكفالة (قوله ان قبل المديون) فلو لم يقبله بطل التأجيل فيكون حالا ذكره الاسبيجابى ويصح تعليق التأجيل بالشرط فلو قال لمن عليه ألف حالة ان دفعت الى غدا خمسمائة فالخمسمائة الاخرى مؤخرة عنك الى سنة فهو جائز كذا فى الذخيرة وفى الخانية لو قال المديون أبطلت الاجل أوتركته صار حالا بخلاف برئت من الاجل أولا حاجة لى فيه واذا قضاه قبل الحلول فاستحق المقبوض من القابض أووجده زيوفا فرده أووجد بالمبيع عيبا فرده بقضاء عاد الاجل لا لو اشترى من مديونه شيأ بالدين وقبضه ثم تقايلا البيع ولو كان بهذا الدين المؤجل كفيل لا تعود الكفالة فى الوجهين اه بحر وقوله فى الوجهين أى فى الاقالة وفى الرد بعيب بقضاء وقدمنا فى الاقالة أن عدم عود الكفالة فى الرد بعيب فيه خلاف فراجعه (قوله الافى سبع) هى فى الحقيقة ست فان مسألتى الاقالة واحدة (قوله بدلى صرف وسلم) لاشتراط القبض لبدلى الصرف فى المجلس واشتراطه فى رأس مال السلم وهو المراد ببدله هنا أما المسلم فيه فشرطه التأجيل ط (قوله وثمن عند اقالة وبعدها) فى القنية أجل المشترى البائع سنة عند الاقالة صحت الاقالة وبطل الاجل ولو تقايلا ثم أجله ينبغى أن لا يصح الاجل عند أبى حنيفة فان الشرط اللاحق بعد العقد ملتحق بأصل العقد عنده اه بحر وتقدمت المسألة فى باب الاقالة وكتبنا هناك أنا قدمنا فى البيع الفاسد تصحيح عدم التحاق الشرط الفاسد وعليه فيصح التأجيل بعدها ويؤيده مانقله بعضهم عن سلم الجوهرة من انه يجوز تأجيل رأس مال السلم بعد الاقالة لانه دين لا يجب قبضه فى المجلس كسائر الديون اه ثم رأيت العلامة البيرى قال ان قوله الشرط اللاحق ملتحق بأصل العقد ساقط لان التأجيل وقع بعد العقد لا على وجه الشرط بل على وجه التبرع كما فى سائر الديون ويؤيده انه نقل جواز تأخير الثمن بعد الرد بالعيب بقضاء أوبغيره والعجب من المؤلف أى صاحب الاشباه كيف أقره على ذلك اه كلام البيرى ملخصا قلت لكن وجه مافى القنية أن الاقالة بيع من وجه وقدمر الخلاف فى باب البيع الفاسد فيما لو باع مطلقا ثم أجل الى أجل مجهول قيل يصح الاجل وقيل لا بناء على انه يلتحق بالعقد وهنا اذا التحق بعقد الاقالة يلزم أن يزيد الثمن فيها بوصف التأجيل مع أن الاقالة انما تصح بمثل الثمن الاول فالاحسن الجواب بما قلنا من تصحيح عدم الالتحاق تأمل (قوله وما أخذ به الشفيع) يعنى لو أجل المشترى الشفيع فى الثمن لم يصح بحر وشمل مالو كان الشراء بمؤجل فان الاجل لا يثبت فى أخذ الشفيع كما سنذكره فى بابها (قوله ودين الميت) أى لو مات المديون وحل المال فأجل الدائن وارثه لم يصح لان الدين فى الذمة وفائدة التأجيل أن يتجر فيؤدى الدين من نماء المال فاذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل كذا فى الخلاصة وظاهره انه فى كل دين وذكره فى القنية فى القرض بحر وفى الفتح مثل مافى القنية لكن فى الذخيرة تأجيل رب الدين ماله على الميت لا يجوز والصحيح انه قول الكل لان الاجل صفة الدين ولا دين على الوارث فلا يثبت الاجل فى حقه ولا وجه أيضا لثبوته للميت لانه سقط عن ذمته بالموت ولا لثبوته فى المال لانه عين والاعيان لا تقبل التأجيل وفى البرجندى قال صاحب المحيط الاصح عندى أن تأجيله صحيح وهكذا أفتى الامام قاضى خان لانه اذا كان هذا الدين يتعلق بالتركة لكنه يثبت فى الذمة فلا يكون عينا فيصح التأجيل وأفتى بعضهم بعدم الصحة

مطلب فى تاجيل الدين

فلو رد بنحو عيب رجع المشترى بالكل (ولزم تاجيل كل دين) ان قبل المديون (الا) فى سبع على مافى مداينات الاشباه بدلى صرف وسلم وثمن عند اقالة وبعدها وما أخذ به الشفيع ودين الميت

والسابع (القرض) فلا يلزم تاجيله (الا) في أربع (اذا) كان مجحودا أوحكم مالكي بلزومه بعد ثبوت أصل الدين عنده أو أحاله على آخر فأجله المقترض أو أحاله على مديون مؤجل دينه لان الحوالة مبرئة والرابع الوصية (أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة) فيلزم من ثلثه ويسامح فيها نظرا للموصى (أو أوصى بتأجيل قرضه) الذى له (على زيد سنة) فيصح ويلزم والحاصل أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه باطل فى بدلى صرف وسلم وصحيح غير لازم فى قرض واقالة وشفيع ودين ميت ولازم فيما عدا ذلك وأقره المصنف وتعقبه فى النهر بأن الملحق بالقرض تأجيله باطل قلت ومن حيل تأجيل القرض كفالته مؤجلا فيتأخر عن الاصيل لان الدين واحد بحر ونهر فهى خامسة فلتحفظ

كذا فى الفصول العمادية بيرى (قوله فلا يلزم تاجيله) اى انه يصح تأجيله مع كونه غير لازم فلاه قرض الرجوع عنه لكن قال فى الهداية فان تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة فى الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبى ومعاوضة فى الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما فى الاعارة اذ لا جبر فى التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا اه ومقتضاه أن قوله لا يصح على حقيقته لانه اذا وجد فيه مقتضى عدم اللزوم ومقتضى عدم الصحة وكان الاول لا ينافى الثانى لان مالا يصح لا يلزم وجب اعتبار عدم الصحة ولهذا علل فى الفتح لعدم الصحة أيضا بقوله ولانه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع ثم للمثل المردود حكم العين كأنه رد العين والا كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض فى المجلس والتأجيل فى الاعيان لا يصح اه ملخصا ويؤيده ما فى النهر عن القنية التأجيل فى القرض باطل (قوله الا فى أربع) أى بعد مسألتى الحوالة واحدة ومسألتى الوصية واحدة أيضا وقد نظمت هذه مع التى قبلها بقولى

ست من الديون ليس يلتزم * تأجيلها بدل صرف وسلم
دين على ميت وما للمشترى * على مقيل أو شفيع يا سرى
والقرض الا أربعا فيها مضى * بجحد وصية حوالة قضى

(قوله اذا كان مجحودا) فى الخانية رجل له على رجل ألف درهم قرض فصالحه على مائة الى أجل صح الحط والمائة حالة وان كان المستقرض جاحدا للقرض فالمائة الى الاجل اه بيرى ومثله ما لو قال المستقرض للمقرض سرا لا أقر لك حتى تؤجله عنى فأقر له عند الشهود بالالف مؤجلة (قوله أو حكم مالكى بلزومه) فانه عنده لازم وقيد به لان الارجح أن حكم الحنفى بخلاف مذهبه لا ينفذ خصوصا فى قضاة زماننا وقيد بقوله بعد ثبوت أصل الدين عنده لانه لو لم يكن ثابتا لا يصح حكمه بلزوم تأجيله ولان المجحود لا يتوقف تأجيله على حكم مالكى (قوله أو احاله الخ) فى الفتح والحيلة فى لزوم تأجيله أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم اه واذا لزم فان كان للمحيل على المحال عليه دين فلا اشكال والا أقر المحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلا أشار اليه فى المحيط بحر وفائدة الاقرار تمكن المحال عليه من الرجوع على المحيل بما يدفعه للمقرض (قوله أو أحاله على مديون الخ) أفاد أنه لا فرق بين كون تأجيل المحال عليه صادرا من المقرض أو من المحيل وهو المستقرض (قوله لان الحوالة مبرئة) أى تبرأ بها ذمة المحيل ويثبتها للمحال أى المقرض دين على المحال عليه بحكم الحوالة فهو فى الحقيقة تاجيل دين لا قرض (قوله فيلزم من ثلثه) فان خرجت الالف من الثلث فبها والا فبقدر ما يخرج ط (قوله ويسامح فيها نظرا للموصى) لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى هداية وحاصله أن لزوم الوصية بالتبرع ومنه ما نحن فيه خارج عن القياس رحمة وفضلا على الموصى اذ كان القياس أن لا تصح وصيته لانها تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته (قوله وأقره المصنف) أى أقر ما ذكر من الحاصل وهو لصاحب البحر فكان الاولى عزوه اليه (قوله وتعقبه) أى تعقب الحاصل المذكور فافهم (قوله بأن الملحق بالقرض) هو الاقالة بقسميها والشفيع ودين الميت ح (قوله تأجيله باطل) لتعبيرهم فيها بلا يصح أو باطل فلا يقال ان التأجيل فيها صحيح غير لازم ط قلت وقد علمت مما قدمناه أن القرض كذلك ولعل مراد صاحب البحر بالباطل ما يحرم فعله ويلزم منه الفساد فان تأجيل بدلى الصرف والسلم كذلك بخلاف القرض والملحق به فانه لو ترك المطالبة به الى حلول الاجل لم يلزم منه ذلك فلذا قال انه صحيح غير لازم لكن ما قدمناه عن الهداية فى القرض من قوله وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا اه يقتضى انه يلزم منه الفساد وانه حرام ولم يظهر لى وجهه فليتأمل (قوله لان الدين واحد) اى فاذا تأخر عن الكفيل لزم تأخيره عن الاصيل أيضا اذ يثبت ضمنا ما يمتنع قصدا كبيع الشرب والطريق كما فى البحر عن تلخيص الجامع لكن فى النهر عن السراج قال أبو يوسف اذا أقرض رجل رجلا مالا فكفل به رجل عنه الى وقت كان على الكفيل الى وقته وعلى المستقرض حالا اه ونقل نحوه فى كفالة البحر عن الذخيرة والغياثية وذكر فى أنفع الوسائل مثله عن عدة كتب وذكر أن هذه الحيلة لم يقل بها أحد غير الحصيرى فى التحرير وانه اذا تعارض كلامه وحده مع كلام كل الاصحاب لا يفتى به اه وحاصله أن الجمهور على انه يتأجل على الكفيل دون الاصيل وبه

أفتى العلامة قارى الهداية وغيره وسيأتى تمامه فى الكفالة ان شاء الله تعالى (تنبيه) لم يذكرما لو أجل الكفيل الاصيل وهو جائز ففى البيرى روى ابن سماعة عن محمد رجل قال لغيره اضمن عنى لفلان الالف التى على ففعل وادّاها الضامن ثم انّ الضامن أخر المضمون عنه فالتأخير جائز وليس هذا بمنزلة القرض ولو قال اقض عنى هذا الرجل ألف درهم ففعل ثم أخرها لم يجز التأخير لان هذا ادّى عنه فصار مقرضا والتأخير فى القرض باطل والاول أدّى عن نفسه اهـ (قوله أن يقرّ الوارث الخ) الظاهر انه مفروض فى وارث لامشارك له فى الميراث والا يلحقه ضرر بلزوم الدين عليه وحده والمقصود من هذه الحيلة بيان حكمها لو وقعت كذلك لاتعليم فعلها لانّ فيها الاخبار بخلاف الواقع (قوله ويصدّقه الطالب انه الخ) لو قال ويصدّقه الطالب فى ذلك لكان أخصر وأظهر لانّ تصديقه بتأجيله على الميت غير لازم (قوله والالاحر الوارث الخ) عبارة الاشباه والا فقد حلّ الدين بموته فيؤمر الوارث الخ (قوله وسيجيء آخر الكتاب) أى قبيل كتاب الفرائض وهذا مأخوذ من القنية حيث قال فيها برمز نجم الدين قضى المديون الدين قبل الحلول أو مات فأخذ من تركته فجواب المتأخرين انه لايأخذ من المرابحة التى جرت بينهما الا بقدر مامضى من الايام قيل له أتفتى به أيضا قال نعم قال ولو أخذ المقرض القرض والمرابحة قبل مضىّ الاجل فللمديون أن يرجع بحصة مابقى من الايام اهـ وذكر الشارح آخر الكتاب انه أفتى به المرحوم مفتى الروم أبو السعود وعلله بالرفق من الجانبين قلت وبه أفتى الحانوتى وغيره وفى الفتاوى الحامدية سئل فيما اذا كان لزيد بذمّة عمرو مبلغ دين معلوم فرابحه عليه الى سنة ثم بعد ذلك بعشرين يوما مات عمرو المديون فحلّ الدين ودفعه الوارث لزيد فهل يؤخذ من المرابحة شئ أولا الجواب جواب المتأخرين انه لايؤخذ من المرابحة التى جرت المبايعة عليها بينهما الا بقدر مامضى من الايام قيل للعلامة نجم الدين أتفتى به قال نعم كذا فى الانقروى والتنوير وأفتى به علامة الروم مولانا أبو السعود وفى هذه الصورة بعد أداء الدين دون المرابحة اذا ظنت الورثة أنّ المرابحة تلزمهم فرابحوه عليها عدّة سنين بناء على أن المرابحة تلزمهم حتى اجتمع عليهم مال فهل يلزمهم المال أولا الجواب لا يلزمهم لما فى القنية برمز بكر خواهرزاده كان يطالب الكفيل بالدين بعد أخذه من الاصيل ويبيعه بالمرابحة حتى اجتمع عليه سبعون دينارا ثم تبين انه قد أخذه فلا شئ له لانّ المبايعة بناء على قيام الدين ولم يكن اهـ هذا ماظهر لنا والله سبحانه أعلم اهـ

* (فصل فى القرض) *

بالفتح والكسر منح ومناسبته لماقبله ذكر القرض فى قوله ولزم تأجيل كل دين الا القرض ط (قوله ماتعطيه لتتقاضاه) أى من قيمىّ أومثلىّ وفى المغرب تقاضيته دينى وبدينى واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقى أخذته (قوله وشرعا ماتعطيه من مثلىّ الخ) فهو على التفسيرين مصدر بمعنى اسم المفعول لكن الثانى غير مانع لصدقه على الوديعة والعارية فكان عليه أن يقول لتتقاضى مثله وقدّمنا قريبا أنّ الدين أعمّ من القرض (قوله عقد مخصوص) الظاهر أنّ المراد عقد بلفظ مخصوص لانّ العقد لفظ ولذا قال أى بلفظ القرض ونحوه أى كالدين وكقوله أعطنى درهما لاردّ عليك مثله وقدّمنا عن الهداية أنه يصح بلفظ الاعارة (قوله بمنزلة الجنس) أى من حيث شموله القرض وغيره وليس جنسا حقيقيا لعدم الماهية الحقيقية كما عرف فى موضعه واعترض بأنّ الذى بمنزلة الجنس قوله عقد مخصوص وأما هذا فهو بمنزلة الفصل خرج به مالا يرد على دفع مال كالنكاح وفيه أنّ النكاح لم يدخل فى قوله عقد مخصوص أى بلفظ القرض ونحوه كما علمت فصار الذى بمنزلة الجنس هو مجموع قوله عقد مخصوص يرد على دفع مال تأمّل (قوله لآخر) متعلق بقوله دفع (قوله خرج نحو وديعة وهبة) أى خرج وديعة وهبة ونحوهما كعارية وصدقة لانه يجب ردّ عين الوديعة والعارية ولا يجب ردّ شئ فى الهبة والصدقة (قوله فى مثلىّ) كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب كالجوز والبيض وحاصله أنّ المثلىّ مالاتتفاوت آحاده أى تفاوتا تختلف به القيمة فان نحو الجوز تتفاوت آحاده تفاوتا يسيرا (قوله لتعذر ردّ المثل) علة لقوله لا فى غيره أى لايصح القرض فى غير المثلىّ لانّ القرض اعارة ابتداء حتى صح بلفظها معاوضة انتهاء لانه لايمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه فيستلزم ايجاب المثل فى الذمّة وهذا لايتأتى فى غير المثلىّ قال فى البحر ولا يجوز فى غير المثلىّ لانه لايجب دينا فى الذمّة ويملكه المستقرض بالقبض كالصحيح والمقبوض بقرض فاسد يتعين للردّ وفى القرض الجائز لايتعين بل يردّ المثل وان كان قائما وعن أبى يوسف ليس له اعطاء غيره

مطلب

اذا قضى المديون الدين قبل حلول الاجل أو مات لايؤخذ من المرابحة الا بقدر مامضى

وفى حيل الاشباه حيلة تأجيل دين الميت أن يقرّ الوارث بأنه ضمن ما على الميت فى حياته مؤجلا الى كذا ويصدّقه الطالب انه كان مؤجلا عليهما ويقرّ الطالب بأنّ الميت لم يترك شيأ والالاحر الوارث بالبيع للدين وهذا على ظاهر الرواية من أن الدين اذا حلّ بموت المديون لايحلّ على كفيله قلت وسيجيء آخر الكتاب انه لو حلّ بموته أو أدّاه قبل حلوله ليس له من المرابحة الا بقدر مامضى من الايام وهو جواب المتأخرين

* (فصل فى القرض

هو) لغة ماتعطيه لتتقاضاه وشرعا ماتعطيه من مثلىّ لتتقاضاه وهو اخصر من قوله (عقد مخصوص) أى بلفظ القرض ونحوه (يرد على دفع مال) بمنزلة الجنس (مثلىّ) خرج القيمىّ (لآخر ليردّ مثله) خرج نحو وديعة وهبة (وصح القرض (فى مثلىّ) هو كل مايضمن بالمثل عند الاستهلاك (لا فى غيره) من القيميات كحيوان وحطب وعقار وكل متفاوت لتعذر ردّ المثل

الا برضاه وعارية ما جاز قرضه قرض وما لا يجوز قرضه عارية اهـ أي قرض ما لا يجوز قرضه عارية من حيث انه يجب رد عينه لا مطلقا لما علمت من انه يملك بالقبض تأمل (قوله كمقبوض ببيع فاسد) أي فيفيد الملك بالقبض كما علمت وفي جامع الفصولين القرض الفاسد يفيد الملك حتى لو استقرض بيتا فقبضه ملكه وكذا سائر الاعيان وتجب القيمة على المستقرض كما لو أمر بشراء قن بأمة المأمور ففعل فالقن للآمر (قوله فيحرم الخ) عبارة جامع الفصولين ثم في كل موضع لا يجوز القرض لم يجز الانتفاع به لعدم الحل ويجوز بيعه لثبوت الملك كبيع فاسد اهـ فقوله ويجوز بيعه يعني يصح لا يعني يحل اذ لا شك في أن الفاسد يجب فسخه والبيع مانع من الفسخ فلا يحل كما لا يحل سائر التصرفات المانعة من الفسخ كما مر في بابه وبه تعلم ما في عبارة الشارح (قوله وكاغد) أي قرطاس وقوله عددا قيد للثلاثة وما ذكره في الكاغد ذكره في التتارخانية ثم نقل بعده عن الخانية ولا يجوز السلم في الكاغد عددا لانه عددي متفاوت اهـ ولعل الثاني محمول على ما اذا لم يعلم نوعه وصفته (قوله كما سيجيء) أي في باب الربا حيث قال ويستقرض الخبز وزنا وعددا عند محمد وعليه الفتوى ابن ملك واستحسنه الكمال واختاره المصنف تيسيرا اهـ وفي التتارخانية قال أبو حنيفة لا يجوز قرضه واستقراضه لا عددا ولا وزنا وفي رواية عن أبي يوسف مثله وقوله المعروف انه لا بأس به وعليه افعال الناس جارية والفتوى على قول محمد اهـ ملخصا ونقل في الهندية عن الخانية والظهيرية والكافي أن الفتوى على جواز استقراضه وزنا لا عددا وهو قول الثاني اهـ ولعله هو المراد بقوله المعروف وسيذكر استقراض العجين والخميرة (قوله والعدالي) بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة وباللام المكسورة وهي الدراهم المنسوبة الى العدال وكأنه اسم ملك نسب اليه درهم فيه غش كذا في صرف البحر عن البناية قلت والمراد بها دراهم غالبة الغش كما وقع التصريح به في الفتح وغيره بدل لفظ العدالي لان غالبة الغش في حكم الفلوس من حيث انها انما صارت ثمنا بالاصطلاح على ثمنيتها فتبطل ثمنيتها بالكساد وهو ترك التعامل بها بخلاف ما كانت فضتها خالصة أو غالبة فانها أثمان خلقة فلا تبطل ثمنيتها بالكساد كما حققناه أول البيوع عند قوله وصح بثمن حال ومؤجل (قوله فعليه مثلها كاسدة) أي اذا هلكت والا فيرد عينها اتفاقا كما في صرف الشرنبلالية وفيه كلام سيأتي (قوله فلا عبرة بغلائه ورخصه) فيه أن الكلام في الكساد وهو ترك التعامل بالفلوس ونحوها كما قلنا والغلاء والرخص غيره وكأنه نظر الى اتحاد الحكم فصح التفريع تأمل وفي كافي الحاكم لو قال أقرضني دانق حنطة فأقرضه ربع حنطة فعليه أن يرد مثله واذا استقرض عشرة أفلس ثم كسدت لم يكن عليه الا مثلها في قول أبي حنيفة وقالا عليه قيمتها من الفضة يستحسن ذلك وان استقرض دانق فلوس أو نصف درهم فلوس ثم رخصت أو غلت لم يكن عليه الا مثل عدد الذي أخذه وكذلك لو قال أقرضني عشرة دراهم غلة بدينار فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ولا ينظر الى غلاء الدراهم ولا الى رخصها وكذلك كل ما يكال ويوزن فالقرض فيه جائز وكذلك ما يعد من البيض والجوز اهـ وفي الفتاوى الهندية استقرض حنطة فأعطى مثلها بعد ما تغير سعرها يجبر المقرض على القبول (قوله وجعله) أي ما في المتن من قوله فعليه مثلها (قوله وعند الثاني الخ) حاصله أن الصاحبين اتفقا على وجوب رد القيمة دون المثل لانه لما بطل وصف الثمنية بالكساد تعذر رد عينها كما قبضها فيجب رد قيمتها وظاهر الهداية اختيار قولهما فتح ثم انهما اختلفا في وقت الضمان قال في صرف الفتح وأصله اختلافهما فيمن غصب مثليا فانقطع فعند أبي يوسف تجب قيمته يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء وقولهما أنظر للمقرض من قول الامام لان في رد المثل اضرارا به ثم قول أبي يوسف أنظر له أيضا لان قيمته يوم القرض اكثر من يوم الانقطاع وهو أيسر أيضا فان ضبط وقت الانقطاع عسر اهـ ملخصا ولم يذكر حكم الغلاء والرخص وقدمنا أول البيوع انه عند أبي يوسف تجب قيمتها يوم القبض أيضا وعليه الفتوى كما في البزازية والذخيرة والخلاصة وهذا يؤيد ترجيح قوله في الكساد أيضا وحكم البيع كالقرض الا انه عند الامام يبطل البيع وعند أبي يوسف لا يبطل وعليه قيمتها يوم البيع في الكساد والرخص والغلاء كما قدمناه أول البيوع (قوله فآخذه) بمد الهمزة أي طالب أخذه منه (قوله بالعراق يوم اقتراضه) متعلقان بقوله قيمته والثاني يغني عن الاول (قوله وعند الثالث يوم اختصما) وعبارة الخانية قيمته بالعراق يوم اختصما فأفاد أن الواجب قيمته يوم الاختصام التي في بلد القرض فكان المناسب ذكر قوله بالعراق هنا

واعلم أن المقبوض بقرض فاسد كمقبوض ببيع فاسد سواء فيحرم الانتفاع به لا بيعه لثبوت الملك جامع الفصولين (فيصح استقراض الدراهم والدنانير وكذا) كل (ما يكال أو يوزن أو يعد متقاربا فصح استقراض جوز وبيض) وكاغد عددا (ولحم) وزنا وخبز وزنا وعددا كما سيجيء (استقرض من الفلوس الرائجة والعدالي فكسدت فعليه مثلها كاسدة) و(لا) يغرم (قيمتها) وكذا كل ما يكال ويوزن لما مر أنه مضمون بمثله فلا عبرة بغلائه ورخصه ذكره في المبسوط من غير خلاف وجعله في البزازية وغيرها قول الامام وعند الثاني عليه قيمتها يوم القبض وعند الثالث قيمتها في آخر يوم رواجها وعليه الفتوى قال وكذا الخلاف اذا (استقرض طعاما بالعراق فأخذه صاحب القرض بمكة فعليه قيمته بالعراق يوم اقتراضه) عند الثاني وعند الثالث يوم اختصما

قوله لانه لما بطل وصف الثمنية بالكساد الخ ظاهره انها لو كانت قائمة غير هالكة لا يمكن رد عينها أيضا وهو خلاف ما قدمناه آنفا عن الشرنبلالية تأمل اهـ منه

واسقاطه

واسقاطه من الاول كما فعله في الذخيرة (قوله فيأخذ طعامه) اى مثله في بلد القرض (قوله ولو استقرض الطعام الخ) هذه هي المسألة الاولى وهي مالو ذهبا الى بلدة غير بلدة القرض وقيمة البلدتين مختلفة لان العادة أن الطعام في مكة أغلى منه في العراق وهذه رواية اخرى وهي قول الامام كما صرح به في الذخيرة فانه ذكر اولا ما مرّ من حكاية القولين ثم قال مانصه بشر عن أبي يوسف رجل أقرض رجلا طعاما أو غصبه اياه وله حمل ومؤنة والتقيا في بلدة اخرى الطعام فيها أغلى أو أرخص قال أبا حنيفة قال يستوثق له من المطلوب حتى يوفيه طعامه حيث غصب أو حيث أقرضه وقال ابو يوسف ان تراضيا على هذا فحسن وأيهما طلب القيمة اجبر الآخر عليه وهي القيمة في بلد الغصب او الاستقراض والقول في ذلك قول المطلوب ولو كان الغصب قائما بعينه اجبر على أخذه لا على القيمة اهـ وفيها أيضا وذكر القدوري في شرحه اذا استقرض دراهم بخارية والتقيا في بلدة لا يقدر فيها على البخارية فان كان ينفق في ذلك البلد فان شاء صاحب الحق أجله قدر المسافة ذاهبا وجائيا واستوثق منه وان كان البلد لا ينفق فيها وجب القيمة اهـ وقدمنا اول البيوع أن الدراهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة فلذا أوجب القيمة اذا كانت لا تنفق في ذلك البلد لبطلان الثمنية بالكساد كما قدمناه وبهذا ظهر أنه لو كانت الدراهم فضتها خالصة أو غالبة كالريال الفرنجي في زماننا فالواجب ردّ مثلها وان كانا في بلدة اخرى لان ثمنية الفضة لا تبطل بالكساد ولا بالرخص أو الغلاء ويدل عليه ماقدمناه عن كافي الحاكم من أنه لا ينظر الى غلاء الدراهم ولا الى رخصها هذا ما ظهر لي فتأمله وانظر ما كتبناه اول البيوع (قوله استقرض شيأ من الفواكه الخ) المراد ماهو كيلي أو وزني اذا استقرضه ثم انقطع عن ايدي الناس قبل أن يقبضه الى المقرض فعند أبي حنيفة يجبر المقرض على التأخير الى ادراك الجديد ليصل الى عين حقه لان الانقطاع بمنزلة الهلاك ومن مذهبه أن الحق لا ينقطع عن العين بالهلاك وقال ابو يوسف هذا لا يشبه كساد الفلوس لان هذا مما يوجد فيجبر المقرض على التأخير الا أن يتراضيا على القيمة وهذا في الوجه كما لو التقيا في بلد الطعام فيه غال فليس له حبسه ويوثق له بكفيل حتى يعطيه اياه في بلده ذخيرة ملخصا (قوله بنفس القبض) اى قبل أن يستهلكه (قوله خلافا للثاني) حيث قال لا يملك المستقرض القرض مادام قائما كما في المنح آخر الفصل اهـ ح (قوله فله ردّ المثل) اى لو استقرض كرّ برّ مثلا وقبضه فله حبسه وردّ مثله وان طلب المقرض ردّ العين لانه خرج عن ملك المقرض وثبت له في ذمة المستقرض مثله لا عينه ولو قائما (قوله بناء على انعقاده الخ) هكذا نقل هذه العبارة هنا في المنح عن البحر ونقل أيضا عن الزيلعي انهم اختلفوا في انعقاده بلفظ القرض قيل ينعقد وقيل لا وقيل الاول قياس قولهما والثاني قياس قوله اهـ قلت والعبارتان غير مذكورتين في هذا الفصل من البحر وشرح الزيلعي وانما ذكراهما في كتاب النكاح عند قول الكنز وينعقد بكل ماوضع لتمليك العين في الحال فالضمير في انعقاده في عبارة البحر المذكورة في الشرح وعبارة الزيلعي التي نقلناها عائد على النكاح لا على القرض كما يوهمه كلام الشارح تبعا للمنح وهذا أمر عجيب نعم لهذه المسألة مناسبة هنا وذلك أن ظاهر كلام المتن ترجيح قولهما فكان المناسب للشارح أن يقول وعلى هذا ينبغي اعتماد انعقاد النكاح بلفظ القرض وهو أحد التصحيحين لافادته الملك للحال فافهم (قوله فجاز شراء المستقرض القرض) تفريع على قولهما والمراد شراؤه ما في ذمته لا عين القرض الذي في يده وحينئذ فقوله ولو قائما فيه استخدام لانه عائد الى عين القرض الذي في يده وبيان ذلك أنه تارة يشتري ما في ذمته للمقرض وتارة ما في يده اى عين ما استقرضه فان كان الاول ففي الذخيرة اشترى من المقرض الكرّ الذي له عليه بمائة دينار جاز لانه دين عليه لا بعقد صرف ولا سلم فان كان مستهلكا وقت الشراء فالجواز قول الكل لانه ملكه بالاستهلاك وعليه مثله في ذمته بلا خلاف وان كان قائما فكذلك عندهما وعلى قول أبي يوسف ينبغي أن لا يجوز لانه لا يملكه مالم يستهلكه فلم يجب مثله في ذمته فاذا أضاف الشراء الى الكر الذي في ذمته فقد أضافه الى معدوم فلا يجوز اهـ وهذا ما في الشرح وان كان الثاني ففي الذخيرة أيضا استقرض من رجل كرّا وقبضه ثم اشترى ذلك الكر بعينه من المقرض لا يجوز على قولهما لانه ملكه بنفس القبض فيصير مشتريا ملك نفسه أما على قول أبي يوسف فالكر باق على ملك المقرض فيصير المستقرض مشتريا ملك غيره فيصح وبقي مالو كان المستقرض هو الذي باع الكر من المقرض فيجوز على قولهما لانه باع ملك نفسه

وليس عليه أن يرجع) معه (الى العراق فيأخذ طعامه ولو استقرض الطعام ببلد الطعام فيه رخيص فلقيه المقرض في بلد الطعام فيه غال فأخذه الطالب بحقه فليس له حبس المطلوب ويؤمر المطلوب بأن يوثق له) بكفيل (حتى يعطيه طعامه في البلد الذي أخذه منه استقرض شيأ من الفواكه كيلا أو وزنا فلم يقبضه حتى انقطع فانه يجبر صاحب القرض على تأخيره الى مجيء الجديد الا أن يتراضيا على القيمة) لعدم وجوده بخلاف الفلوس اذا كسدت وتمامه في صرف الخانية (ويملك المستقرض القرض بنفس القبض عندهما) اى الامام ومحمد خلافا للثاني فله ردّ المثل ولو قائما خلافا له بناء على انعقاده بلفظ القرض وفيه تصحيحان وينبغي اعتماد الانعقاد لافادته الملك للحال بحر فجاز شراء المستقرض القرض ولو قائما من المقرض

مطلب في شراء المستقرض القرض من المقرض

بدراهم مقبوضة فلو تفرقا قبل
قبضها بطل لانه افتراق عن دين
بدين بزازية فليحفظ (أقرض صبيا)
محجورا (فاستهلكه الصبي
لا يضمن) خلافا للثاني (وكذا)
الخلاف لو باعه أو أودعه ومثله
(المعتوه ولو) كان المستقرض
(عبدا محجورا لا يؤاخذ به قبل
العتق) خلافا للثاني (وهو
كالوديعة) سواء خانية وفيها
(استقرض من آخر دراهم فأتاه
المقرض بها فقال المستقرض ألقها
في الماء فألقاها) قال محمد (لا شئ
على المستقرض) وكذا الدين والسلم
بخلاف الشراء والوديعة فانه
بالالقاء يعد قابضا والفرق أن له
اعطاء غيره في الاول لا الثاني
وعزاه لغريب الرواية (و) فيها
(القرض لا يتعلق بالجائز من
الشروط فالفاسد منها لا يبطله ولكنه
يلغو شرط ردّ شئ آخر فلو استقرض
الدراهم المكسورة على أن يؤدي
صحيحا كان باطلا) وكذا لو أقرضه
طعاما بشرط ردّه في مكان آخر
(وكان عليه مثل ما قبض) فان
قضاه أجود بلا شرط جاز ويجبر ٢
الدائن على قبول الاجود وقيل لا
بحر وفي الخلاصة القرض
بالشرط حرام والشرط لغو بأن
يقرض على أن يكتب به الى بلد
كذا ليوفى دينه وفي الاشباه كل ٣
قرض جرّ نفعا حرام فكره للمرتهن
سكنى المرهونة باذن الراهن

واختلفوا على قول أبي يوسف بعضهم قالوا يجوز لان المستقرض على قوله وان لم يملك الكر بنفس القرض الا أنه يملك التصرف فيه بيعا وهبة واستهلاكا فيصير متملكا له وبالبيع من المقرض صار متصرفا فيه وزال عن ملك المقرض فصح البيع منه اهـ ملخصا (قوله بدراهم مقبوضة الخ) في البزازية من آخر الصرف اذا كان له على آخر طعام او فلوس فاشتراه من عليه بدراهم وتفرقا قبل قبض الدراهم بطل وهذا مما يحفظ فان مستقرض الحنطة أو الشعير يتلفها ثم يطالبه المالك بها ويعجز عن الاداء فيبيعها مقرضها منه بأحد النقدين الى أجل وانه فاسد لانه افتراق عن دين بدين اهـ وفيها في الفصل الثالث من البيوع والحيلة فيه أن يبيع الحنطة ونحوها بثوب ثم يبيع الثوب منه بدراهم ويسلم الثوب اليه اهـ (قوله أقرض صبيا محجورا فاستهلكه) قيد بالمحجور لانه لو كان مأذونا فهو كالبالغ وبالاستهلاك لانه لو بقيت عينه فللمالك أن يستردّه ولو تلف بنفسه لا يضمن اتفاقا كما في جامع الفصولين (قوله خلافا للثاني) فانه يضمن قال في الهندية عن المبسوط وهو الصحيح ط (قوله وكذا الخلاف لو باعه) اى باع من الصبي أو أودعه اى واستهلكهما ولا حاجة الى ذكر قوله أو أودعه لتصريح المصنف به في قوله وهو كالوديعة اهـ ط (قوله خلافا للثاني) فيؤاخذ به حالا كالوديعة عنده هندية ط (قوله وهو) اى الاقراض لهؤلاء (قوله وكذا الدين والسلم) اى لو جاء المديون او رب السلم بدراهم ليدفعها الى الدائن عن دينه او الى المسلم اليه عن رأس المال فقال له ألقها الخ (قوله بخلاف الشراء والوديعة) المراد بالشراء المشتري اى لو جاء البائع بالمشتري أو المودع بالوديعة فقال له المشتري أو صاحب الوديعة ألق ذلك في الماء فألقاه صح الامر ويكون ذلك على الآمر ويصير قابضا لان حقه متعين لانه ليس للبائع اعطاء غير المبيع ولا للمودع اعطاء غير الوديعة بخلاف المقرض والمديون ورب السلم فان له أن يبدل ما جاء به ويعطى غيره لانه قبل القبض باق على ملكه وقيد في المنح الشراء بما اذا كان صحيحا اى لان الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فيكون على ملك البائع (قوله وعزاه لغريب الرواية) ظاهره أن الضمير عائد على صاحب الخانية لانه نقل ما في المتن عنها مع أن ما في الشرح لم أره في الخانية وانما عزاه المصنف الى غريب الرواية (قوله وفيها) اى في الخانية معطوف على قوله وفيها (قوله شرط ردّ شئ آخر) الظاهر أن اصل العبارة كشرط ردّ شئ آخر اهـ ح (قوله وقيل لا) هذا هو الصحيح كما في الخانية وفيها ولو كان الدين مؤجلا فقضاه قبل حلول الاجل يجبر على القبول اهـ وذكر الشارح اعطاء الاجود ولم يذكر الزيادة وفي الخانية وان أعطاه المديون اكثر مما عليه وزنا فان كانت الزيادة تجري بين الوزنين اى بأن كانت تظهر في ميزان دون ميزان جاز وأجمعوا على أن الدانق في المائة يسير يجري بين الوزنين وقدر الدرهم والدرهمين كثير لا يجوز واختلفوا في نصف الدرهم قال الدبوسي انه في المائة كثير يردّ على صاحبه فان كانت كثيرة لا تجري بين الوزنين ان لم يعلم المديون بها ردّ على صاحبها وان علم وأعطاها اختيارا ان كانت الدراهم المدفوعة مكسرة او صحاحا لا يضرّها التبعيض لا يجوز
٢ اذا علم الدافع والقابض وتكون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وان كان لا يضرّه التبعيض وعلما جاز وتكون هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة اهـ وسيذكر الشارح بعضه اول باب الربا (قوله بأن يقرض الخ) هذا يسمى الآن بالوصية قال في الدرر كره السفتجة بضم السين وفتح التاء تعريب سفته وهي شئ محكم ويسمى هذا القرض به لاحكام أمره وصورته أن يدفع الى تاجر مبلغا قرضا ليدفعه الى صديقه في بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق اهـ وقال في الخانية وتكره السفتجة الا أن يستقرض مطلقا ويوفي بعد ذلك في بلد اخرى من
٣ غير شرط اهـ وسيأتي تمام الكلام عليها آخر كتاب الحوالة (قوله كل قرض جرّ نفعا حرام) اى اذا كان مشروطا كما علم مما نقله عن البحر وعن الخلاصة وفي الذخيرة وان لم يكن النفع مشروطا في القرض فعلى قول الكرخي لا بأس به ويأتي تمامه (قوله فكره للمرتهن الخ) الذي في رهن الاشباه يكره للمرتهن الانتفاع بالرهن الا باذن الراهن اهـ سائحاني قلت وهذا هو الموافق لما سيذكره المصنف في اول كتاب الرهن وقال في المنح هناك وعن عبد الله محمد بن أسلم السمرقندي وكان من كبار علماء سمرقند أنه لا يحل له أن ينتفع بشئ منه بوجه من الوجوه وان أذن له الراهن لانه أذن له في الربا لانه يستوفي دينه كاملا فتبقى له المنفعة فضلا فتكون ربا وهذا أمر عظيم قلت وهذا مخالف لعامة المعتبرات من أنه يحل بالاذن الا أن يحمل على الديانة وما في المعتبرات على الحكم ثم رأيت في جواهر الفتاوى اذا كان مشروطا صار قرضا فيه منفعة وهو ربا

٢ قوله لا يضرّه لعل الصواب اسقاط لا اهـ منه

٣ مطلب
كل قرض جرّ نفعا حرام

والافلا بأس به اه ما في المنح ملخصا وتعقبه الحموي بأن ما كان ربا لا يظهر فيه فرق بين الديانة والقضاء على انه لا حاجة الى التوفيق بعد أن الفتوى على ما تقدم اي من انه يباح قلت وما في الجواهر يفيد توفيقا آخر بحمل ما في المعتبرات على غير المشروط وما مرّ على المشروط وهو أولى من ابقاء التنافي ويؤيده ما ذكروه فيما لو أهدى المستقرض للمقرض ان كانت بشرط كره والافلا وأفتى في الخيرية فيمن رهن شجر الزيتون على أن يأكل المرتهن ثمرته نظير صبره بالدين بأنه يضمن (قوله دفعته) اي القرض والاولى دفعتها اي العشرة (قوله فانكر المولى الخ) مفهومه انه اذا أقر بقبض العبد يلزمه لما في الخانية ولو أرسل رسولا الى رجل وقال ابعث الي بعشرة دراهم قرضا فبعثها مع رسوله كان الآمر ضامنا لها اذا أقر أن رسوله قبضها اه (قوله لانه أقر أنه قبضها بحق) وهو كونه نائبا عن سيده في القبض (قوله ليس له) اي ليس للمقرض أن يطلب منه اي من القابض الاحصته من القرض لانه قبض الباقي بالوكالة عن رفقته (قوله لا بالاستقراض) هذا منصوص عليه ففي جامع الفصولين بعث رجلا ليستقرضه فأقرضه فضاع في يده فلو قال أقرض للمرسل ضمن مرسله ولو قال أقرضني للمرسل ضمن رسوله والحاصل أن التوكيل بالاقراض جائز لا بالاستقراض والرسالة بالاستقراض تجوز ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القرض للآمر ولو مخرج الوكالة بأن أضافه الى نفسه يقع للوكيل وله منعه عن آمره اه قلت والفرق انه اذا أضاف العقد الى الموكل بأن قال ان فلانا يطلب منك أن تقرضه كذا صار رسولا والرسول سفير ومعبر بخلاف ما اذا أضافه الى نفسه بأن قال أقرضني كذا او قال أقرضني لفلان كذا فانه يقع لنفسه ويكون قوله لفلان بمعنى لاجله وقالوا انما لم يصح التوكيل بالاستقراض لانه توكيل بالتكدي وهو لا يصح قلت ووجهه أن القرض صلة وتبرع ابتداء فيقع للمستقرض اذ لا تصح النيابة في ذلك فهو نوع من التكدي بمعنى الشحاذة هذا ما ظهر لي (قوله استقراض العجين وزنا يجوز) هو المختار مختار الفتاوى واحترز بالوزن عن المجازفة فلا يجوز بحر ط (قوله ما رآه المسلمون) هو من حديث احمد عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال ان الله نظر الى قلوب العباد فاختار له اصحابا فجعلهم انصار دينه ووزراء نبيه فما رآه المسلمون الخ وهو موقوف حسن وتمامه في المقاصد الحسنة ط (قوله يجوز ويكره) اي يصح مع الكراهة وهذا لو الشراء بعد القرض لما في الذخيرة وان لم يكن النفع مشروطا في القرض ولكن اشترى المستقرض من المقرض بعد القرض متاعا بثمن غال فعلى قول الكرخي لا بأس به وقال الخصاف ما أحب له ذلك وذكر الحلواني أنه حرام لانه يقول لولم أكن اشتريته منه طالبني بالقرض في الحال ومحمد لم ير بذلك بأسا وقال خواهرزاده ما نقل عن السلف محمول على ما اذا كانت المنفعة مشروطة وذلك مكروه بلا خلاف وما ذكره محمد محمول على ما اذا كانت غير مشروطة وذلك غير مكروه بلا خلاف هذا اذا تقدم الاقراض على البيع فان تقدم البيع بأن باع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبا قيمته عشرون دينارا بأربعين دينارا ثم أقرضه ستين دينارا اخرى حتى صار له على المستقرض مائة دينار وحصل للمستقرض ثمانون دينارا ذكر الخصاف انه جائز وهذا مذهب محمد بن سلمة امام بلخ وكثير من مشايخ بلخ كانوا يكرهونه ويقولون انه قرض جر منفعة اذ لولاه لم يتحمل المستقرض غلاء الثمن ومن المشايخ من قال يكره لو كانا في مجلس واحد والا فلا بأس به لان المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة فكأنهما وجدا معا فكانت المنفعة مشروطة في القرض وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بقول الخصاف وابن سلمة ويقول هذا ليس بقرض جر منفعة بل هذا بيع جر منفعة وهي القرض اه ملخصا وانظر ما سنذكره في الصرف عند قوله وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة (قوله بطريق المعاملة) هو ما ذكره من شراء الشيء اليسير بثمن غال (قوله بأزيد من عشرة ونصف) وهنالك فتوى اخرى بأزيد من احد عشر ونصف وعليها العمل سائحاني ولعله لورود الامر بها متأخرا عن الامر الاول (قوله يعزر) لان طاعة امر السلطان بمباح واجبة (قوله ما أخذه من الربح) أي زائدا عما ورد به الامر ط (قوله ان حصل له منه بالتراضي الخ) مفهومه انه لو أخذه بلا رضاه انه يثبت له الرجوع بالزائد عما ورد به الامر وهو غير ظاهر لانه اذا أقرضه مائة وباعه سلعة بثلاثين مثلا بيعا مستوفيا شرائطه الشرعية لم يكن فيه الا مخالفته الامر السلطاني لان مقتضى الامر الاول أن يبيع السلعة بخمسة فقط لتكون العشرة بعشرة ونصف ومقتضى الامر الثاني أن يبيعها بخمسة عشر لتكون العشرة بأحد عشر ونصف

(فروع) استقرض عشرة دراهم وأرسل عبده لاخذها فقال المقرض دفعته اليه وأقر العبد به وقال دفعتها الى مولاي فأنكر المولى قبض العبد العشرة فالقول له ولا شيء عليه ولا يرجع المقرض على العبد لانه أقر أنه قبضها بحق انتهى * عشرون رجلا جاؤا واستقرضوا من رجل وأمروه بالدفع لاحدهم فدفع ليس له أن يطلب منه الاحصته قلت ومفاده صحة التوكيل بقبض القرض لا بالاستقراض قنية وفيها استقراض العجين وزنا يجوز وينبغي جوازه في الخبزة بلا وزن سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن خميرة يتعاطاها الجيران أيكون ربا فقال ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح وفيها شراء الشيء اليسير بثمن غال لحاجة القرض يجوز ويكره وأقره المصنف قلت وفي معروضات المفتي أبي السعود لو ادان زيد العشرة باثني عشر أو بثلاثة عشر بطريق المعاملة في زماننا بعد أن ورد الامر السلطاني وفتوى شيخ الاسلام بأن لا تعطى العشرة بأزيد من عشرة ونصف ونبه على ذلك فلم يمتثل ماذا يلزمه فأجاب يعزر ويحبس الى أن تظهر توبته وصلاحه فيترك وفي هذه الصورة هل يرد ما أخذه من الربح لصاحبه فاجاب ان حصل منه بالتراضي ورد الامر بعدم الرجوع

ولا يخفى أن مخالفة الامر لا تقتضي فساد البيع لان ذلك لا يزيد على مخالفة أمر الله تعالى بالسعي وترك البيع وقت النداء فاذا باع وترك السعي يكره البيع ولا يفسد فكذا هنا بالاولى على انه اذا افسد البيع وجب الفسخ وردّ جميع الثمن واذا صح وجب جميع الثمن فلا وجه لردّ الزائد وأخذ ماورد به الامر فقط سواء قلنا بصحة البيع أو فساده فتعين أن هذا المفهوم غير مراد فتأمل (قوله لكن يظهر الخ) لا وجه للاستدراك بعد ورود الامر الواجب الاتباع بعدم الرجوع ط وقد يجاب بأن المراد أن المناسب أن يرد الامر السلطاني بالرجوع اى وان أخذ ما أخذه بالتراضي لكن علمت ما فيه (قوله وأقبح من ذلك السلم الخ) اى اقبح من بيع المعاملة المذكور ما يفعله بعض الناس من دفع دراهم سلما على حنطة أو نحوها الى أهل القرى بحيث يؤدى ذلك الى خراب القرية لانه يجعل الثمن قليلا جدا فيكون اضراره اكثر من اضرار البيع بالمعاملة الزائدة عن الامر السلطاني فيظهر أن المناسب أيضا ورود أمر سلطاني بذلك ليعزر من يخالفه وظاهره أنه لم يرد بذلك أمر والله سبحانه اعلم

(باب الربا)

لما فرغ من المرابحة وما تبعهما من التصرف في المبيع ونحو ذلك من القرض وغيره ذكر الربا لان في كل منهما زيادة الا أن تلك الزيادة حلال وهذه حرام والحل هو الاصل في الاشياء والربا بكسر الراء وفتحها خطأ مقصور على الاشهر ويثنى ربوان بالواو على الاصل وقد يقال ريان على التخفيف كما في المصباح والنسبة اليه ربوى بالكسر والفتح خطأ كما في المغرب (قوله ولو حكما الخ) تبع فيه النهر لكنه لا يناسب تعريف المصنف فانه قيده بكونه بمعيار شرعي وهذا لا يدخل فيه ربا النسيئة ولا البيع الفاسد الا اذا كان فساده لعلة الربا فالظاهر من كلام المصنف تعريف ربا الفضل لانه هو المتبادر عند الاطلاق ولذا قال في البحر فضل أحد المتجانسين نعم هذا يناسب تعريف الكنز بقوله فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال اه فان الاجل في أحد العوضين فضل حكمي بلا عوض ولما كان الاجل يقصد له زيادة العوض كما مر في المرابحة صح وصفه بكونه فضل مال حكما تأمل قال في الشرنبلالية ومن شرائط الربا عصمة البدلين وكونهما مضمونين بالاتلاف فعصمة أحدهما وعدم تقومه لا يمنع فشراء الاسير أو التاجر مال الحربي او المسلم الذي لم يهاجر بجنسه متفاضلا جائز ومنها أن لا يكون البدلان مملوكين لاحد المتبايعين كالسيد مع عبده ولا مشتركين فيهما بشركة عنان او مفاوضة كما في البدائع اه وسيأتي بيان هذه المسائل آخر الباب (قوله والبيوع الفاسدة الخ) تبع فيه البحر عن البناية وفيه نظر فان كثيرا من البيوع الفاسدة ليس فيه فضل خال عن عوض كبيع ما سكت فيه عن الثمن وبيع عرض بخمر او بأم ولد فتجب القيمة ويملك بالقبض وكذا بيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعيض وثوب من ثوبين والبيع الى النيروز ونحو ذلك مما سبب الفساد فيه الجهالة او الضرر أو نحو ذلك نعم يظهر ذلك في الفاسد بسبب شرط فيه نفع لاحد العاقدين مما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ويؤيد ذلك ما في الزيلعي قبيل باب الصرف في بحث ما يبطل بالشرط الفاسد حيث قال والاصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لا ما كان مبادلة مال بغير مال او كان من التبرعات لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه اه ملخصا (قوله فيجب ردّ عين الربا لو قائما لا ردّ ضمانه الخ) يعني وانما يجب ردّ ضمانه لو استهلكه وفي هذا التفريع خفاء لان المذكور قبله أن البيع الفاسد من جملة الربا وانما يظهر لو ذكر قبله أن الربا من جملة البيع الفاسد لان حكم البيع الفاسد أنه يملك بالقبض ويجب رده لو قائما وردّ مثله او قيمته لو مستهلكا وذكر في البحر عن القنية ما حاصله أن شيخ صاحب القنية أفتى فيمن كان يشترى الدينار الردىء بخمسة دوانق ثم أبرأه غرماؤه عن الزائد بعد الاستهلاك بأنه يبرأ ووافقه بعض علماء عصره واستدل له بقول البزدوي ان من جملة صور البيع الفاسد جملة العقود الربوية يملك العوض فيها بالقبض وخالفه بعضهم قائلا ان الابراء لا يعمل في الربا لان ردّه لحق الشرع وأيد صاحب القنية الاول بأن الزائد اذا ملكه القابض بالقبض واستهلكه

لكن يظهر أن المناسب الامر بالرجوع وأقبح من ذلك السلم حتى ان بعض القرى قد خربت بهذا النصوص اه

(باب الربا)

(هو) لغة مطلق الزيادة وشرعا (فضل) ولو حكما فدخل ربا النسيئة والبيوع الفاسدة فكلها من الربا فيجب ردّ عين الربا لو قائما لا ردّ ضمانه لانه يملك بالقبض قنية وبحر

مطلب في الابراء عن الربا

وضمن مثله فلولم يصح الابراء ولزمه ردّ مثل ما استهلكه لا يرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيدا للملك فى الزائد فلم يكن فى ردّه فائدة نقض عقد الربا الجب حقا للشرع لان الواجب حقا للشرع ردّ عين الربا لو قائما لاردّ ضمانه اه واستحسنه فى النهر قلت وحاصله أنّ فيه حقين حق العبد وهو ردّ عينه لو قائما ومثله لو هالكا وحق الشرع وهو ردّ عينه لنقض العقد المنهىّ شرعا وبعد الاستهلاك لا يتأتى ردّ عينه فتعين ردّ المثل وهو محض حق العبد ويصح ابراء العبد عن حقه فقول ذلك البعض انّ الابراء لا يعمل فى الربا لانّ ردّه لحق الشرع انما يصح قبل الاستهلاك والكلام فيما بعده ثم اعلم أنّ وجوب ردّ عينه لو قائما فيما لو وقع العقد على الزائد أما لو باع عشرة دراهم بعشرة دراهم وزاده دانقا وهبه منه فانه لا يفسد العقد كما يأتى بيانه قريبا (قوله خرج مسألة صرف الجنس بخلاف جنسه) كبيع كرّ برّ وكرّ شعير بكرّى برّ وكرّى شعير فانّ للثانى فضلا على الاوّل لكنه غير خال عن العوض لصرف الجنس لخلاف جنسه والممنوع فضل المتجانسين (قوله بمعيار شرعىّ) متعلق بمحذوف صفة لفضل او حال منه ولو أسقط هذا القيد لشمل التعريف ربا النساء ويمكنه الاحتراز عن الذرع والعدّ بالتصريح بنفيه (قوله فليس الذرع والعدّ ربا) اى بذى ربا أو بمعيار ربا فهو على حذف مضاف أو الذرع والعدّ بمعنى المذروع والمعدود أى لا يتحقق فيهما ربا والمراد ربا الفضل لتحقق ربا النسيئة فلو باع خمسة أذرع من الهروىّ بستة اذرع منه أو بيضة ببيضتين جاز لو يدا بيد لا لو نسيئة لانّ وجود الجنس فقط يحرّم النساء لا الفضل كوجود القدر فقط كما يأتى (قوله مشروط) تركه اولى فانه مشعر بأن تحقق الربا يتوقف عليه وليس كذلك والحدّ لا يتمّ بالعناية قهستانى فانّ الزيادة بلا شرط ربا أيضا الا أن يبنى على ما سيأتى (قوله اى بائع أو مشتر) اى مثلا فثلهما المقرضان والراهنان قهستانى قال ويدخل فيه ما اذا شرط الانتفاع بالرهن كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس وشرب اللبن واكل الثمر فانّ الكل ربا حرام كما فى الجواهر والتتف اه ط (قوله فلو شرط لغيرهما فليس بربا) عزاه فى البحر الى شرح الوقاية وهذا مبنىّ على ما حققناه من أنّ البيوع الفاسدة ليست كلها من الربا بل ما فيه شرط فاسد فيه نفع لاحد العاقدين فافهم (قوله بل بيعا فاسدا) عطف على محلّ خبر ليس ط وهذا مبنىّ على ما قدّمه فى باب البيع الفاسد من أن الاظهر الفساد بشرط النفع للاجنبىّ وبه اندفع ما فى حواشى مسكين (قوله فليس الفضل فى الهبة ربا) اى وان كان مشروطا ط عن الدرّ المنتقى اى كما لو قال وهبتك كذا بشرط أن تخدمنى شهرا فانّ هذا شرط فاسد لا تبطل الهبة به كما سيأتى قبيل الصرف وظاهر ماهنا أنه لو خدمه لم يكن فيه باس (قوله فلو شرى الخ) تفريع على مفهوم قوله مشروط (قوله وزاده دانقا) اى ولم يكن مشروطا فى الشراء كما هو فى عبارة الذخيرة المنقول عنها فلو مشروطا وجب ردّه لو قائما كما مرّ عن القنية ثم انّ قوله وزاده بضمير المذكر يفيد أن الزيادة مقصودة وذكر ح أنّ الذى فى المنح زادت بالتاء اى زادت الدراهم ومفاده أنّ الزيادة غير مقصودة لكن الذى رأيته فى المنح عن الذخيرة بدون تاء وكذا فى البحر عنها وكذا رأيته فى الذخيرة أيضا فافهم (قوله وهذا) اى انعدام الربا بسبب الهبة ان ضرّها اى الدراهم الكسر فلو لم يضرّها الكسر لم تصح الهبة الا بقسمة الدانق وتسليمه لامكان القسمة (قوله وفى صرف المجمع الخ) قال فى الذخيرة من الفصل الرابع فى الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه سوّى ابو حنيفة بين الحط والزيادة فحكم بصحتهما والتحاقهما بأصل العقد وبفساد العقد بتسميتهما وكذا ابو يوسف سوّى بينهما اى فأبطلهما ولم يجعل شيأ منهما هبة مبتدأة ومحمد فرق بينهما فصحح الحط هبة مبتدأة دون الزيادة والفرق أن فى الحط معنى الهبة لانّ المحطوط يصير ملكا للمحطوط عنه بلا عوض بخلاف الزيادة اذ لو صحت تلتحق بأصل العقد ويأخذ حصة من المبيع والهبة تمليك بلا عوض والتمليك بلا عوض لا يصلح كناية عن التمليك بعوض فلذا افترقا اه قلت وتوضيحه أن الحط اسقاط بلا عوض فيجعل كناية عن الهبة لانها تمليك بلا عوض أيضا بخلاف الزيادة فانها تكون مع باقى الثمن عوضا عن المبيع فكانت تمليكا بعوض فلا يصح جعلها كناية عن الهبة فلذا ابطلها (قوله كحط كل الثمن) وجه الشبه ان حط كل الثمن لو لم يجعل هبة مبتدأة التحق بأصل العقد فأفسده لبقائه بلا ثمن وكذا الحط هنا فانه لو التحق يفوت التماثل ويفسد العقد فلذا جعل هبة مبتدأة (قوله والفرق بينهما خفىّ عندى) قد أسمعناك الفرق وقال ح قال الشيخ قاسم ولكنه ظاهر عندى لانّ من الحط ما يمكن أن لا يلحق باصل العقد ويجعل هبة مبتدأة بالاتفاق وهو حط جميع الثمن فكان

قوله لخلاف جنسه هكذا بخطه باللام ولعل الاصوب بخلاف بالباء كما هو فى عبارة الشارح تأمل اه مصححه

(خال عن عوض) خرج مسالة صرف الجنس بخلاف جنسه (بمعيار شرعىّ) وهو الكيل والوزن فليس الذرع والعدّ ربا (مشروط) ذلك الفضل (لاحد المتعاقدين) اى بائع او مشتر فلو شرط لغيرهما فليس بربا بل بيعا فاسدا (فى المعاوضة) فليس الفضل فى الهبة ربا فلو شرى عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم وزاده دانقا ان وهبه منه انعدم الربا ولم يفسد الشراء وهذا ان ضرّها الكسر لانها هبة مشاع لا يقسم كما فى المنح عن الذخيرة عن محمد وفى صرف المجمع أن صحة الزيادة والحط قول الامام وأنّ محمدا أجاز الحط وجعله هبة مبتدأة كحط كل الثمن وأبطل الزيادة قال ابن ملك والفرق بينهما خفىّ عندى

البعض كالكل بخلاف الزيادة فانها لا تكون الا ملحقة بالعقد وبذلك يفوت التساوى اهـ (قوله قال وفى الخلاصة الخ) اى قال ابن ملك ناقلا عن الخلاصة ما يفيد عدم الفرق بين الحط والزيادة فان قول الخلاصة فحلله اى وهبه زيادته جاز يفيد ذلك (قوله قلت الخ) استدراك على المجمع وتأييد لكلام شارحه ابن ملك (قوله صريح فى عدم الفرق بينهما) اى بين الزيادة والحط فان ما قدمه من قوله ان وهبه منه انعدم الربا صريح فى أن زيادة الدانق صحيحة عند محمد فينافى قول المجمع انه أجاز الحط وأبطل الزيادة أقول والذى يظهر لى أن ما قدمه الشارح عن الذخيرة عن محمد صريح فى الفرق بينهما لا فى عدمه لان قوله ان وهبه منه انعدم الربا صريح فى أن الزيادة بدون الهبة باطلة لان الحط والزيادة فى الثمن او فى المبيع غير الهبة ولذا يلتحقان بالعقد كما تقدم قبل فصل القرض فاذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ودفع خمسة عشر فان جعل الخمسة زيادة فى الثمن وقبل البائع ذلك فى المجلس صح والتحقت بأصل العقد ان كان المبيع قائما وان جعل الخمسة هبة لم تصر زيادة فى الثمن بل تكون هبة مبتدأة فيراعى لها شروط الهبة من الافراز والتسليم سواء كان المبيع قائما اولا اذا علمت ذلك ظهر لك أن ما قدمه عن الذخيرة ليس من باب الزيادة فى الثمن أو فى المبيع لانه جعله هبة مبتدأة حتى اشترط لها شرط الهبة وهو قوله وهذا ان ضرها الكسر الخ ومثله ما نقله ابن ملك عن الخلاصة فهذا صريح فى انه لا يصح زيادة وانما يصح هبة بشروطها ولا مخالفة فيه لقول المجمع ان محمدا أبطل الزيادة والحاصل أن محمدا أجاز هنا الحط دون الزيادة لكنه يجعل الحط هبة مبتدأة لا حطا حقيقة لئلا يفسد العقد كما مر وأما الزيادة فقد أبطلها الا انها لو التحقت بالعقد أفسدته ولا يصح جعلها كناية عن الهبة لما مر فلذا ابطلت الا اذا وهبه الزيادة صريحا ولذا قال فى الذخيرة وانما جاز هذا الصرف لانه لو لم يجز انما لم يجز لمكان الربا فاذا وهب الدانق منه فقد انعدم الربا اهـ هكذا يجب أن يفهم هذا المحل فافهم ثم لا يخفى أن هذا كله اذا لم تكن الزيادة مشروطة كما قدمناه عن الذخيرة فلو مشروطة ووقع العقد على الكل وجب نقض العقد لحق الشرع ولا تؤثر الهبة والابراء الا بعد الاستهلاك كما مر تحريره عن القنية (قوله وعليه) اى على ما فهمه من التنافى بين العبارات المذكورة وعلمت عدمه وأن الزيادة انما تصح اذا صرح بكونها هبة فتكون هبة بشروطها ومع عدم التصريح فهى باطلة وهو الذى فى المجمع (قوله فيفسد) لان الزيادة والحط يصحان عنده على حقيقتهما لا بمعنى الهبة واذا صحا التحقا بأصل العقد فيفسد لعدم التساوى (قوله وعلته) العلة لغة المرض الشاغل واصطلاحا ما يضاف اليه ثبوت الحكم بلا واسطة وتمامه فى البحر (قوله اى علة تحريم الزيادة) كذا فسر الضمير فى الفتح وهو اولى من قول بعضهم اى علة الربا لانه وان كان هو المذكور سابقا لكنه يحتاج الى تقدير مضاف وهو لفظ تحريم فافهم وأراد بالزيادة الحقيقية كما فى قوله بعده اى الزيادة وأما كون المراد بها هنا ما يشمل الحكمية وهى الاجل ففيه أن المصنف لم يدخلها فى التعريف كما بيناه فالمتبادر ارادة الزيادة المعرفة وهى الحقيقية وأيضا فان قوله القدر مع الجنس يختص بالحقيقية لان علة الحكمية أحدهما كما بينه بعده فقد عرف الحقيقية وبين علتها لكونها هى المتبادرة عند الاطلاق ثم ذكر علة الحكمية تتميما للفائدة فافهم (قوله المعهود بكيل أو وزن) أشار الى ما فى الحواشى السعدية من أن أل فى القدر للعهد وبه اندفع ما فى الفتح من اعتراضه على الهداية بشموله الذرع والعد لكن الاولى أن يقول وعلته الكيل أو الوزن لكونه أوضح ولئلا يرد ما نذكره عن ابن كمال (تنبيه) ما ينسب الى الرطل فهو وزنى قال فى الهداية معناه ما يباع بالاواقى لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل اهـ قلت وليس المراد بالرطل والاواقى معناهما المتعارف بل المراد بالرطل كل ما يوزن به وبالاواقى الاوعية التى يوضع فيها الدهن ونحوه وتقدر بوزن خاص مثل كوز الزيت فى زماننا فانه يباع الزيت به ويحسب بالوزن هكذا يفهم من كلامهم وعليه فالاواقى جمع واقية من الوقاية وهى الحفظ لانها يحفظ بها المائع ونحوه لتعسر وضعه فى الميزان بدونها ولذا قال الخير الرملى فعلى هذا الزيت والسمن والعسل ونحوها موزونات وان كيلت بالمواعين لاعتبار الوزن فيها اهـ (قوله بالمد) اى مع فتح النون (قوله فلم يجز الخ) ترك التفريع على الفضل لظهوره ط اى كبيع قفيز بر بقفيزين منه حالا (قوله متساويا) أما اذا وجد التفاضل مع النساء فالحرمة للفضل أفاده ابن كمال ط (قوله وأحدهما نساء) اى ذو نساء والجملة حالية قال ط فلو كان كل نسيئة يحرم أيضا لانه بيع الكالئ بالكالئ ابن كمال اى النسيئة بالنسيئة كمال ثم اعلم أن ذكر النساء للاحتراز عن التأجيل لان القبض

قال وفى الخلاصة لو باع درهما بدرهم وأحدهما اكثر وزنا فحلله زيادته جاز لانه هبة مشاع لا يقسم ولو باع قطعة لحم بلحم اكثر وزنا فوهبه الفضل لم يجز لانه هبة مشاع يقسم قلت وما قدمنا عن الذخيرة عن محمد صريح فى عدم الفرق بينهما وعليه فالكل من الزيادة والحط والعقد صحيح عند محمد وكذا عند الامام سوى العقد فيفسد لعدم التساوى فليحفظ فانى لم أر من نبه على هذا (وعلته) اى علة تحريم الزيادة (القدر) المعهود بكيل أو وزن (مع الجنس فان وجدا حرم الفضل) اى الزيادة (والنساء) بالمد التأخير فلم يجز بيع قفيز بر بقفيز منه متساويا وأحدهما نساء

في المجلس لا يشترط الا في الصرف وهو بيع الاثمان بعضها ببعض أما ماعداه فانما يشترط فيه التعين دون التقابض كما يأتي (قوله كهروي بهرويين) الاولى أن يزيد نسيئة كما عبر في البحر وغيره ليكون مثالا لحل الفضل والنساء بسبب فقد القدر والجنس فان الثوب الهروي والثوب المروي بسكون الراء جنسان كما يعلم مما يأتي وليسا بمكيل ولا موزون (قوله لعدم العلة الخ) لان عدم العلة وان كان لا يوجب الحكم لكن اذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى انها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علته فيبقى عدم الحكم وهو عدم الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلي واذا عدم سبب الحرمة والاصل في البيع مطلقا الاباحة الا ما اخرجه الدليل كان الثابت الحل فتح (قوله اى القدر وحده) كالحنطة بالشعير (قوله او الجنس) اى وحده كالهروي بهروي مثله (قوله حل الفضل الخ) فيحل كر بر بكري شعير حالا وهروي بهرويين حالا ولو مؤجلا لم يحل والحاصل كما في الهداية أن حرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما (قوله ولو مع التساوي) مبالغة على قوله وحرم النساء فقط ح (قوله لوجود الجنسية) فيه أن علة الحكم هنا عدم قبول العبد التأجيل لا وجود الجنسية فلو مثل ببيع هروي بمثله لكان اولى ح (قوله واستثنى في المجمع الخ) وكذا في الهداية حيث قال الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه اى كالقطن والحديد والنحاس يجوز الخ قال في الفتح فان الوزن فيهما مختلف فانه في النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجات وفي الزعفران بالامناء والقبان وهذا اختلاف في الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين وآخر حكمي وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له بيعها قبل الوزن وفي الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن فاذا اختلفا اى النقود ونحو الزعفران في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه ثم ضعف في الفتح هذه الفروق وقال ان الوجه أن يستثني اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كيلا ينسد اكثر ابواب السلم وسائر الموزونات غير النقد لا يجوز أن تسلم في الموزونات وان اختلفت اجناسها كاسلام حديد في قطن وزيت في جبن وغير ذلك الا اذا اخرج من أن يكون وزنيا بالصنعة الا في الذهب والفضة فلو اسلم سيفا فيما يوزن جاز الا في الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا وان كان أحدهما اثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجري فيهما ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا لان الوزن منصوص عليه فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة (قوله ونقل ابن الكمال) عبارة ابن الكمال وعلته الكيل أو الوزن مع الجنس لم يقل القدر مع الجنس لان القدر مشترك بين المكيل والموزون فعلى تقدير ماذكر يلزم أن لا يجوز اسلام الموزون في المكيل لان أحد الوصفين محرم للنساء وقد نص على جواز اسلام الحنطة في الزيت اه وكتب في الهامش أن المسألة مذكورة في غاية البيان اه قلت وحاصل ماذكره انه لو عبر بالقدر ثم قال وان وجد أحدهما الخ لافاد تحريم اسلام الموزون في المكيل لانه قد وجد القدر وان كان مختلفا بخلاف ما لو عبر بالكيل أو الوزن اى بأو التي لاحد الشيئين فانه لا يشمل القدر المختلف لكن فيه أن لفظ القدر مشترك كما قال ولا يجوز استعماله في كلا معنييه عندنا فاذا ذكر لا بد أن يراد منه اما الكيل وحده أو الوزن وحده فيساوي التعبير بالكيل أو الوزن الا أن يدعى أن القدر مشترك معنوي لا لفظي تأمل (قوله ومفاده) اى مفاد ماذكر من جواز اسلام منقود في موزون واسلام الحنطة في الزيت فانه قد وجد في الاول القدر المتفق وفي الثاني القدر المختلف فافهم (قوله فليحرر) تحريره ما أفاده عقبه من أن المراد بقولهم وعلته القدر هو القدر المتفق كبيع موزون بموزون أو مكيل بمكيل بخلاف المختلف كبيع مكيل بموزون نسيئة فانه جائز ويستثنى من الاول اسلام منقود في موزون للاجماع كما مر (قوله وقد مر في السلم الخ) بيان لتحرير المراد لكن اعترض بأن السلم سيأتي بعد وهذا على نسخة فتنبه بالفاء والامر بالتنبه وفي بعض النسخ قنية بالقاف اسم الكتاب المشهور وصاحب القنية قدم السلم اول البيع فصح قوله وقد مر في السلم (تنبيه) ما أفاده من أن حرمة النساء بالقدر المتفق مؤيد لما نقله ابن كمال من جواز اسلام الحنطة في الزيت لاختلاف القدر لكون الحنطة مكيلا والزيت موزونا وبقي ما لو أسلم الحنطة في شعير وزيت اى في مكيل وموزون وقد نص في كافي الحاكم على أنه لا يجوز عندهما ويجوز عند محمد في حصة الزيت (قوله متفاضلا) اى ونسيئة وتركه لفهمه لزوما فانه كلما حرم الفضل حرم النساء ولا عكس وكلما حل النساء حل

(وان عدما) بكسر الدال من باب علم ابن ملك (حلا) كهروي بمرويين لعدم العلة فبقي على اصل الاباحة (وان وجد أحدهما) اى القدر وحده او الجنس (حل الفضل وحرم النساء) ولو مع التساوي حتى لو باع عبدا بعبد الى أجل لم يجز لوجود الجنسية واستثنى في المجمع والدرر اسلام منقود في موزون كيلا ينسد اكثر أبواب السلم ونقل ابن الكمال عن الغاية جواز اسلام الحنطة في الزيت قلت ومفاده أن القدر بانفراده لا يحرم النساء بخلاف الجنس فليحرر وقد مر في السلم أن حرمة النساء تتحقق بالجنس وبالقدر المتفق قنية ثم فرع على الاصل الاول بقوله (فحرم بيع كيلي ووزني بجنسه متفاضلا ولو غير مطعوم)

الفضل ولا عكس اهـ (قوله خلافا للشافعي) فانه جعل العلة الطعم والثمنية فما ليس بمطعوم ولا ثمن فليس ربوي (قوله كيلي) قيد به احترازا عما اذا اصطلح الناس على بيعه جزافا فان التفاضل فيه جائز ومثله قوله وزني فانه احتراز عما اذا لم يتعارفوا وزنه او عن بعض انواعه كالسيف اهـ ح اى فان السيف خرج بالصنعة عن كونه وزنيا فيحل بيعه بجنسه متفاضلا بشرط الحلول كما مر (قوله ثم اختلاف الجنس الخ) الاولى ذكر هذا عند قوله قبله وان عدما الخ لانه لاذكر هنا لاختلاف الجنس الا أن يقال ان قوله بجنسه يستدعي معرفة ما يختلف به الجنس ليعلم ما يتحد به (قوله كما بسطه الكمال) حيث قال بعد ما تقدم فالحنطة والشعير جنسان خلافا لمالك لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل عن الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل عليه والاقال الطعام بالطعام والثوب الهروي والمروي جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه اجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والالية واللحم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج والجيري جنسان والادهان المختلفة اصولها أجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة اهـ ملخصا وسيذكر الشارح أن الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود أو بتبدل الصفة ويأتي بيانه (قوله متماثلا) الشرط تحقق ذلك عند العقد ففي الفتح لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهرا متساويين لم يجز خلافا لزفر لان العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز اهـ لكن ذكر في البحر اول كتاب الصرف عن السراج لو تبايعا ذهبا بذهب أو فضة بفضة مجازفة لم يجز فان علم التساوي في المجلس وتفرقا عن قبض صح اهـ فيحمل الاول على ما اذا علم التساوي بعد المجلس تأمل (قوله لامتفاضلا) صرح به وان علم بالمقابلة بما قبله اشارة الى أن المراد التماثل في القدر فقط لما تقدم في البيع الفاسد من أنه لا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة لكونه غير مفيد تأمل (قوله وبلا معيار شرعي) قال في الفتح لما حصروا المعرف في الكيل والوزن أجازوا ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة كتفاحة بتفاحتين وحفنة بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل ثم قال وهذا اذا لم يبلغ كل واحد من البدلين نصف صاع فلو بلغه أحدهما لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة اهـ ثم رجح الحرمة مطلقا ويأتي بيانه (قوله لم يقدر المعيار بالذرة) قال في البحر لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب وفضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذ لا يدخل تحت الوزن اهـ وظاهر قوله كالذرة انها غير قيد ويؤيده قول المصنف وذرة من ذهب الخ فيشمل الذرتين والاكثر مما لا يوزن والظاهر أن الحبة معيار شرعا فلو باع نصف درهم بنصف الا حبة لم يجز كما سيأتي آخر الصرف فقد اعتبروا الحبة مقدارا شرعيا وفي الفتح عن الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له اهـ ومقتضاه أن ما دون الحبة في حكم الذرة فالمراد بالذرة هنا ما لا يبلغ حبة فافهم (قوله كحفنة) بفتح المهملة وسكون الفاء ملء الكفين كما في الصحاح والمقاييس لكن في المغرب والقاموس والطلبة والنهاية ملء الكف قهستاني (قوله ما لم يبلغ نصف صاع) أي فاذا بلغ نصف صاع لم يصح بيعه بحفنة كما ذكرناه آنفا عن الفتح (قوله وفلس بفلسين) هذا عندهما وقال محمد لا يجوز ومبنى الخلاف على أن الفلوس الرائجة اثمان والاثمان لا تتعين بالتعيين فصار عنده كبيع درهم بدرهمين وعندهما لما كانت غير اثمان خلقة بطلت ثمنيتها باصطلاح العاقدين واذا بطلت تتعين بالتعيين كالعروض وتمامه في الفتح (قوله باعيانهما) أي بسبب تعين ذات البدلين ونقديتهما فالباء للسببية لا بمعنى مع كما ظن فانه حال ولم يجز تنكير صاحبها كما تقرر قهستاني قلت كون الباء للسببية بعيد لان قوله بأعيانهما شرط لصحة البيع لا سبب وكونها بمعنى مع لا يلزم كونه حالا بل يجوز كونه صفة تأمل (قوله انه قيد في الكل) المتبادر من كلام الفتح وغيره انه قيد لقوله وفلس بفلسين وقد يقال يعلم انه قيد للكل بالاولى لانه اذا اشترط التعيين في مسألة الفلوس مع الاختلاف في بقائها اثمانا أولا ففي غيرها بالاولى اذ لا خلاف في أن غيرها ليس أثمانا بل في حكم العروض فلا بد من تعيينها تأمل (قوله فلو كانا) أي البدلان وهذا بيان لمحترز قوله بأعيانهما (قوله لم يجز اتفاقا) قال في النهر بعده غير أن عدم الجواز عند انتفاء تعينهما باق وان تقابضا في المجلس بخلاف ما لو كان أحدهما فقط وقبض الدين فانه يجوز كذا في المحيط اهـ وحاصله

خلافا للشافعي (بجص) كيلي (وحديد) وزني ثم اختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود كما بسطه الكمال (وحل) بيع ذلك (متماثلا لا متفاضلا (وبلا معيار شرعي) فان الشرع لم يقدر المعيار بالذرة وبما دون نصف صاع (كحفنة بحفنتين) وثلاث وخمس ما لم يبلغ نصف صاع (وتفاحة بتفاحتين وفلس بفلسين) أو اكثر (بأعيانهما) لو أخره لكان أولى لما في النهر انه قيد في الكل فلو كانا غير معينين أو أحدهما لم يجز اتفاقا

أن الصور أربع مالو كانا معينين وهو مسألة المتن الخلافية وما اذا كانا غير معينين فلا يصح اتفاقا مطلقا ومالو عين أحد البدلين دون الآخر وفيه صورتان فان قبض المعين منهما صح والا فلا وهذا مخالف لاطلاق المصنف الآتي في قوله باع فلوسا بمثلها ويأتي تمامه (قوله وبيضة ببيضتين) فيه أن هذا مما لم يدخله القدر الشرعي كالسيف والسيفين والابرة والابرتين فجواز التفاضل لعدم دخول القدر الشرعي فيهما ويحرم النساء لوجود الجنس ط والجواب أن قول المصنف وبلا معيار شرعي أعم من أن يكون مما يمكن تقديره بالمعيار الشرعي أولا فالعلة في الكل عدم القدر كما صرح به الزيلعي وأفاده الشارح بعد فافهم (قوله وسيف بسيفين الخ) لانه بالصنعة خرج عن كونه وزنيا كما قدمناه عن الفتح (قوله واناء بأثقل منه) أي اذا كان لا يباع وزنا لما في البحر عن الخانية باع اناء من حديد بحديد ان كان الاناء يباع وزنا تعتبر المساواة في الوزن والا فلا وكذا لو كان الاناء من نحاس أو صفر باعه بصفر اه (قوله فيمتنع التفاضل) أي وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها في النقدين فلا تتغير بالصنعة فلا تخرج عن الوزن بالعادة كما قدمناه عن الفتح (قوله مما لا يدخل تحت الوزن) بيان لقوله وذرة أشار به الى ما قدمناه من أن الذرة غير قيد (قوله بمثلها) أي بمثلي الذرة وفي بعض النسخ بصيغة المفرد والاولى أولى لموافقته لقوله حفنة بحفنتين الخ (قوله فجاز الفضل الخ) تفريع على جميع ما مر بيان أن وجه جواز الفضل في هذه المذكورات كونها غير مقدرة شرعا وان اتحد الجنس ففقدت احدى العلتين فلذا حل الفضل وحرم النساء ولم يصرح المصنف باشتراط الحلول لعله مما سبق (قوله حتى لو انتفى) أي الجنس (قوله فيحل) الاولى اسقاط الفاء لانه جواب لو (قوله مطلقا) أي حالا ونسيئة (قوله وصحح كما نقله الكمال) مفاده أن الكمال نقل تصحيحه عن غيره مع انه هو الذي بحث ما يفيد تصحيحه فانه ذكر ما مر من عدم التقدير شرعا بما دون نصف صاع ثم قال ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين أما ان كان مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام اه فهذا كما ترى تصحيح لهذه الرواية وقد نقل من بعده كلامه هذا وأقروه عليه كصاحب البحر والنهر والمنح والشرنبلالية والمقدسي (قوله كبر وشعير الخ) أي كهذه الاربعة والذهب والفضة فالكاف في الموضعين استقصائية كما في الدر المنتقى (قوله لا يتغير أبدا) أي سواء وافقه العرف أو صار العرف بخلافه (قوله ولو مع التساوي) أي التساوي وزنا في الحنطة وكيلا في الذهب لاحتمال التفاضل بالمعيار المنصوص عليه أما لو علم تساويهما في الوزن والكيل معا جاز ويكون المنظور اليه هو المنصوص عليه (قوله لان النص الخ) يعني لا يصح هذا البيع وان تغير العرف فهذا في الحقيقة تعليل لوجوب اتباع المنصوص قال في الفتح لان النص أقوى من العرف لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في اخراج الشموع والسرج الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن اه (قوله ومالم ينص عليه) كغير الاشياء الستة (قوله حمل على العرف) أي على عادات الناس في الاسواق لانها أي العادة دلالة على الجواز فيما وقعت عليه الحديث فتح (قوله وعن الثاني) أي عن أبي يوسف وأفاد أن هذه رواية خلاف المشهور عنه (قوله مطلقا) أي وان كان خلاف النص لان النص على ذلك الكيل في الشيء أو الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذاك كذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم وأجيب بأن تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كذا وجه اه فتح (قوله ورجحه الكمال) حيث قال عقب ما ذكرناه ولا يخفى أن هذا لا يلزم أبا يوسف لان قصاراه انه كنصه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطاري بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا نص عليه اه وتمامه فيه وحاصله

(وتمرة بتمرتين) وبيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين واناء بأثقل منه مالم يكن من أحد النقدين فيمتنع التفاضل فتح وابرة بابرتين (وذرة من ذهب وفضة مما لا يدخل تحت الوزن بمثلها) فجاز الفضل لفقد القدر وحرم النساء لوجود الجنس حتى لو انتفى كحفنة بر بحفنتي شعير فيحل مطلقا لعدم العلة وحرم الكل محمد وصحح كما نقله الكمال

(وما نص) الشارع (على كونه كيليا) كبر وشعير وتمر وملح (أو وزنيا) كذهب وفضة (فهو كذلك) لا يتغير (أبدا فلم يصح بيع حنطة بحنطة وزنا كما لو باع ذهبا بذهب أو فضة بفضة كيلا) ولو (مع التساوي) لان النص أقوى من العرف فلا يترك الاقوى بالادنى

(ومالم ينص عليه حمل على العرف) وعن الثاني اعتبار العرف مطلقا ورجحه الكمال

مطلب
في أن النص أقوى من العرف

مطلب في استقراض الدراهم عددا

وخرج عليه سعدى أفندى استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا فى زماننا يعنى بمثله وفى الكافى الفتوى على عادة الناس بحر وأقره المصنف (والمعتبر تعيين الربوى فى غير الصرف)

توجيه قول أبي يوسف ان المعتبر العرف الطارى بأنه لا يخالف النص بل يوافقه لان النص على كيلية الاربعة ووزنية الذهب والفضة مبنى على ما كان فى زمنه صلى الله عليه وسلم من كون العرف كذلك حتى لو كان العرف اذ ذاك بالعكس لورد النص موافقا له ولو تغير العرف فى حياته صلى الله عليه وسلم لنص على تغير الحكم وملخصه أن النص معلول بالعرف فيكون المعتبر هو العرف فى أى زمن كان ولا يخفى أن هذا فيه تقوية لقول أبي يوسف فافهم (قوله وخرج عليه سعدى افندى) أى فى حواشيه على العناية ولا يختص هذا بالاستقراض بل مثله البيع والاجارة اذ لا بد من بيان مقدار الثمن أو الاجرة الغير المشار اليهما ومقدار الوزن لا يعلم بالعد كالعكس وكذا قال العلامة البركوى فى أواخر الطريقة المحمدية انه لا حيلة فيه الا التمسك بالرواية الضعيفة عن أبي يوسف لكن ذكر شارحها سيدى عبد الغنى النابلسى ما حاصله أن العمل بالضعيف مع وجود الصحيح لا يجوز ولكن نحن نقول اذا كان الذهب والفضة مضروبين فذكر العد كناية عن الوزن اصطلاحا لان لهما وزنا مخصوصا ولذا نقش وضبط والنقصان الحاصل بالقطع أمر جزئى لا يبلغ المعيار الشرعى وأيضا فالدرهم المقطوع عرف الناس مقداره فلا يشترط ذكر الوزن اذا كان العدد دالا عليه وقد وقع فى بعض العبارات ذكر العد بدل الوزن حيث عبر فى زكاة درر البحار بعشرين ذهبا وفى الكنز بعشرين دينارا بدل عشرين مثقالا اه ملخصا وهو كلام وجيه ولكن هذا ظاهر فيما اذا كان الوزن مضبوطا بأن لا يزيد دينار على دينار ولا درهم على درهم والواقع فى زماننا خلافه فان النوع الواحد من أنواع الذهب أو الفضة المضروبين قد يختلف فى الوزن كالجهادى والعدلى والغازى من ضرب سلطان زماننا أيده الله فاذا استقرض مائة دينار من نوع فلا بد أن يوفى بدلها مائة من نوعها الموافق لها فى الوزن أو يوفى بدلها وزنا لا عددا وأما بدون ذلك فهو ربا لانه مجازفة والظاهر أنه لا يجوز على رواية أبي يوسف أيضا لان المتبادر مما قدمناه من اعتبار العرف الطارى على هذه الرواية أنه لو تعورف تقدير المكيل بالوزن أو بالعكس اعتبر أما لو تعورف الغاء الوزن أصلا كما فى زماننا من الاقتصار على العدد بلا نظر الى الوزن فلا يجوز لا على الروايات المشهورة ولا على هذه الرواية لما يلزم عليه من ابطال نصوص التساوى بالكيل أو الوزن المتفق على العمل بها عند الائمة المجتهدين نعم اذا غلب الغش على النقود فلا كلام فى جواز استقراضها عددا بدون وزن اتباعا للعرف بخلاف بيعها بالنقود الخالصة فانه لا يجوز الا وزنا كما سيأتى فى كتاب الصرف ان شاء الله تعالى وتمام الكلام على هذه المسألة مبسوط فى رسالتنا نشر العرف فى بناء بعض الاحكام على العرف فراجعها (قوله وبيع الدقيق الخ) لا حاجة الى استخراجه فقد وجد فى الغيائية عن أبي يوسف أنه يجوز استقراضه وزنا اذا تعارف الناس ذلك وعليه الفتوى اه ط وفى التتارخانية وعن أبي يوسف يجوز بيع الدقيق واستقراضه وزنا اذا تعارف الناس ذلك استحسن فيه اه ونقل بعض المحشين عن تلقيح المحبوبى أن بيعه وزنا جائز لان النص عين الكيل فى الحنطة دون الدقيق اه ومقتضاه انه على قول الكل لان ما لم يرد فيه نص يعتبر فيه العرف اتفاقا لكن سنذكر عن الفتح أن فيه روايتين وأنه فى الخلاصة جزم برواية عدم الجواز (قوله يعنى بمثله) المراد من التخريج على هذه الرواية بيع الدقيق وزنا بمثله احترازا عن بيعه وزنا بالدراهم فانه جائز اتفاقا كما فى الذخيرة ونصه قال شيخ الاسلام وأجمعوا على أن ما ثبت كيله بالنص اذا بيع وزنا بالدراهم يجوز وكذلك ما ثبت وزنه بالنص (قوله وفى الكافى الفتوى على عادة الناس) ظاهر البحر وغيره أن هذا فى السلم ففى المنح عن البحر وأما الاسلام فى الحنطة وزنا ففيه روايتان والفتوى على الجواز لان الشرط كونه معلوما وفى الكافى الفتوى على عادة الناس اه قال فى النهر وقول الكافى الفتوى على عادة الناس يقتضى أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا وأسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغى ذلك بل اذا اتفقا على معرفة كيل أو وزن ينبغى أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع كذا فى الفتح اه والحاصل أن عدم جواز الوزن فى الاشياء الاربعة المنصوص على انها مكيلة انما هو فيما اذا بيعت بمثلها بخلاف بيعها بالدراهم كما اذا أسلم دراهم فى حنطة فانه يجوز تقديرها بالكيل أو الوزن وظاهر الكافى وجوب اتباع العادة فى ذلك وما بحثه فى الفتح ظاهر ويؤيده ما قدمناه آنفا عن الذخيرة (قوله بحر وأقره المصنف) الظاهر أن مراده بهذا تقوية كلام الكافى وانه لم يرض بما ذكره فى النهر عن الفتح لكن علمت ما يؤيده (قوله والمعتبر تعيين الربوى فى غير الصرف) لان غير الصرف يتعين

بالتعيين و يتمكن من التصرّف فيه فلا يشترط قبضه كالثياب أى اذا بيع ثوب بثوب بخلاف الصرف لانّ القبض شرط فيه للتعيين فانه لا يتعين بدون القبض كذا فى الاختيار وحاصله أنّ الصرف وهو ما وقع على جنس الاثمان ذهبا وفضة بجنسه أو بخلافه لا يحصل فيه التعيين الا بالقبض فانّ الاثمان لا تتعين مملوكة الا به ولذا كان لكل من العاقدين تبديلها أمّا غير الصرف فانه يتعين بمجرّد التعيين قبل القبض (قوله ومصوغ ذهب وفضة) عطف خاص على عام فانّ المصوغ من الصرف كما سيصرّح به الشارح فى بابه وكأنه خصه بالذكر لدفع ما يتوهم من خروجه عن حكم الصرف بسبب الصنعة (قوله حتى لو باع الخ) قال فى البحر بيانه كما ذكره الاسبيجابى بقوله واذا تبايعا كيليا بكيلى أو وزنيا بوزنى كلاهما من جنس واحد أو من جنسين مختلفين فانّ البيع لا يجوز حتى يكون كلاهما عينا أضيف اليه العقد وهو حاضر او غائب بعد أن يكون موجودا فى ملكه والتقابض قبل الافتراق بالابدان ليس بشرط لجوازه الا فى الذهب والفضة ولو كان أحدهما عينا أضيف اليه العقد والآخر دينا موصوفا فى الذمّة فانه ينظر ان جعل الدين منهما ثمنا والعين مبيعا جاز البيع بشرط أن يتعين الدين منهما قبل التفرّق بالابدان وان جعل الدين منهما مبيعا لا يجوز وان أحضره فى المجلس والذى ذكر فيه الباء ثمن وما لم يدخل فيه الباء مبيع وبيانه اذا قال بعتك هذه الحنطة على انها قفيز بقفيز حنطة جيدة أو قال بعت منك هذه الحنطة على انها قفيز بقفيز من شعير جيد فالبيع جائز لانه جعل العين منهما مبيعا والدين الموصوف ثمنا ولكن قبض الدين منهما قبل التفرّق بالابدان شرط لانّ من شرط جواز هذا البيع أن يجعل الافتراق عن عين بعين وما كان دينا لا يتعين الا بالقبض ولو قبض الدين منهما ثم تفرّقا جاز البيع قبض العين منهما أو لم يقبض ولو قال اشتريت منك قفيز حنطة جيدة بهذا القفيز من الحنطة أو قال اشتريت منك قفيزى شعير جيد بهذا القفيز من الحنطة فانه لا يجوز وان أحضر الدين فى المجلس لانه جعل الدين مبيعا فصار بائعا ما ليس عنده وهو لا يجوز اهـ ح (قوله خلافا للشافعى فى بيع الطعام) أى كل مطعوم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فانه يشترط فيه التقابض وتمامه فى النهر (قوله وجيد مال الربا ورديئه سواء) أى فلا يجوز بيع الجيد بالردىء مما فيه الربا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت فى الوصف هداية (قوله لا لحقوق العباد) عطف على مال الربا قال فى المنح قيد بمال الربا لانّ الجودة معتبرة فى حقوق العباد فاذا أتلف جيدا لزمه مثله قدرا وجودة ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا ولكن لا تستحق أى الجودة باطلاق عقد البيع حتى لو اشترى حنطة أو شيأ فوجده رديأ بلا عيب لا يردّه كما فى البحر معزيا الى صرف المحيط اهـ ح أى لانّ العيب هو العارض على أصل الخلقة والجودة أو الرداءة فى الشئ أصل فى خلقته بخلاف العيب العارض كالسوس فى الحنطة أو عفنها فله الردّ به لا بالرداءة الا باشتراط الجودة كما قدّمنا بيانه فى خيار العيب (تنبيه) أراد بحقوق العباد ما ليس من الاموال الربوية أى ما لا يجمعها قدر وجنس ولا يتقيد ذلك بالاتلاف ولذا قال البيرى قيد بالاموال الربوية لانّ الجودة فى غيرها لها قيمة عند المقابلة بجنسها لكن اشترى ثوبا جيدا بثوب ردىء وزيادة درهم بازاء الجودة كان ذلك جائزا كما فى الذخيرة اهـ (قوله الا فى أربع الخ) فيه أنّ هذه الاربعة من حقوق العباد أيضا وان كان المراد من حقوق العباد خصوص الضمان عند التعدّى فالمناسب أن يذكره مع الاربع ويقول الا فى خمس ثم انّ الاولى ذكرها فى البحر بحثا فانه قال وتعتبر أى الجودة فى الاموال الربوية فى مال اليتيم فلا يجوز للوصى بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز ردىء وينبغى أن تعتبر فى مال الوقف لانه كاليتيم ثم قال وفى حق المريض حتى تنفذ من الثلث وفى الرهن القلب اذا انكسر عند المرتهن ونقصت قيمته فانّ المرتهن يضمن قيمته ذهبا ويكون رهنا عنده اهـ قلت والقلب بضم القاف وسكون اللام ما يلبس فى الذراع من فضة جمعه قلبة كقرط وقرطة وهى الحلق فى الاذن فان كان من ذهب فهو السوار كما فى البيرى عن شرح التلخيص للخلاطى وقوله فانّ المرتهن يضمن قيمته ذهبا أفاد به أنّ ضمان القيمة انما يكون من خلاف جنسه اذ لو ضمن قيمته فضة وهى أكثر من وزنه بسبب الصياغة يلزم الربا ولو ضمن مثل وزنه يلزم ابطال حق المالك ففى تضمينه القيمة من خلاف الجنس اعمال لحق الشرع وحق العبد وليس هذا خاصا بقلب الرهن بل مثله كل مثلى تعيب بغصب أو نحوه فانه يضمن بقيمته من خلاف جنسه كما قدّمناه فى باب خيار الشرط فيما لو كان الخيار للمشترى وهلك فى يده ولا يلزم قبض القيمة قبل التفرّق لانه صرف حكما لا حقيقة كما سنذكره فى الصرف وبما قرّرناه علم أنّ استثناء هذه

ومصوغ ذهب وفضة (بلا شرط تقابض) حتى لو باع برّا ببرّ بعينهما وتفرّقا قبل القبض جاز خلافا للشافعى فى بيع الطعام ولو احدهما دينا فان هو الثمن وقبضه قبل التفرّق جاز والا لا كبيعه ما ليس عنده سراج (وجيد مال الربا) لا لحقوق العباد (ورديئه سواء) الا فى أربع مال وقف ويتيم ومريض وفى القلب الرهن اذا انكسر أشباه (باع فلوسا بمثلها أو بدراهم أو بدنانير

المسائل من اهدار الجودة باثبات اعتبارها انما هو لمراعاة حق العبد لكن على وجه لا يؤدى الى ابطال حق الشرع فما قيل انه يفهم من استثنائها أنه يجوز للوصىّ بيع قفيز جيد بقفيزين رديئين نظرا للجودة المعتبرة فى مال اليتيم ونحوه من بقية المسائل وهو خطأ للزوم الربا غير وارد لانّ المراد انه لا يجوز اهدار الجودة فى مال اليتيم ونحوه حتى لا يجوز للوصىّ بيع قفيزه الجيد بقفيز ردىء ولا يلزم من اعتبار احد الحقين اهدار الحق الآخر فاغتنم تحقيق هذا المحل (قوله فان نقد أحدهما جاز الخ) نقل المسألة فى البحر عن المحيط لكنه وقع فيه تحريف حيث قال وان تفرّقا بلا قبض أحدهما جاز وصوابه لم يجز كما عبر الشارح ونبه عليه الرملى ثم انه نقل فى البحر قبله عن الذخيرة فى مسألة بيع فلس بفلسين بأعيانهما أن محمدا ذكرها فى صرف الاصل ولم يشترط التقابض وذكر فى الجامع الصغير مايدل على انه شرط فمنهم من لم يصحح الثانى لانّ التقابض مع التعيين شرط فى الصرف وليس به ومنهم من صححه لانّ الفلوس لها حكم العروض من وجه وحكم الثمن من وجه فجاز التفاضل للاول واشترط التقابض للثانى اهـ وأنت خبير بأنّ لفظ التقابض يفيد اشتراطه من الجانبين فقوله فان نقد أحدهما جاز قول ثالث لكن يتعين حمل مافى الاصل على هذا فلا يكون قولا آخر لانّ مافى الاصل لا يمكن حمله على انه لا يشترط التقابض ولو من أحد الجانبين لانه يكون افتراقا عن دين بدين وهو غير صحيح فيتعين حمله على أنه لا يشترط منهما جميعا بل من أحدهما فقط فصار الحاصل أن مافى الاصل يفيد اشتراطه من احد الجانبين ومافى الجامع اشتراطه منهما ثم ان الذى مرّ اشتراط التعيين فى البدلين أو أحدهما مع القبض فى المجلس فلو غير معينين لم يصح وان قبضا فى المجلس فقوله لما مرّ فيه نظر (تنبيه) سئل الحانوتىّ عن بيع الذهب بالفلوس نسيئة فاجاب بأنه يجوز اذا قبض احد البدلين لما فى البزازية لو اشترى مائة فلس بدرهم يكفى التقابض من احد الجانبين قال ومثله مالو باع فضة أو ذهبا بفلوس كما فى البحر عن المحيط قال فلا يغترّ بما فى فتاوى قارئ الهداية من انه لا يجوز بيع الفلوس الى أجل بذهب أو فضة لقولهم لا يجوز اسلام موزون فى موزون الا اذا كان المسلم فيه مبيعا كزعفران والفلوس غير مبيعة بل صارت أثمانا اهـ قلت والجواب حمل مافى فتاوى قارئ الهداية على مادل عليه كلام الجامع من اشتراط التقابض من الجانبين فلا يعترض عليه بما فى البزازية المحمول على مافى الاصل وهذا أحسن مما أجاب به فى صرف النهر من أن مراده بالبيع السلم والفلوس لها شبه بالثمن ولا يصح السلم فى الاثمان ومن حيث انها عروض فى الاصل اكتفى بالقبض من أحد الجانبين تأمّل (قوله فيجوز كيفما كان) اى سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أولا مساويا لما فى الحيوان اولا نهر (قوله أما نسيئة فلا) لانها ان كانت فى الحيوان أو فى اللحم كان سلما وهو فى كل منهما غير صحيح نهر (قوله وشرط محمد زيادة المجانس) قال فى النهر وقال محمد ان كان بغير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية جاز كيفما كان وان كان بجنسه كلحم شاة بشاة حية فلا بدّ أن يكون اللحم المفرز اكثر من الذى فى الشاة لتكون الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقى اللحم بمقابلة السقط (قوله ولو باع مذبوحة بحية) قال فى النهر أما على قولهما فظاهر وأما على قول محمد فلأنه لحم بلحم وزيادة اللحم فى احداهما مع سقطها بازاء السقط اهـ والظاهر أنه يقال ذلك فى المذبوحة بالمذبوحة ط (قوله وكذا المسلوختين) اى وكذا بيع المسلوختين ففيه حذف المضاف وابقاء المضاف اليه على اعرابه (قوله عن السقط) بفتحتين قال فى الفتح المراد به مالا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع اهـ (قوله كرباس) بكسر الكاف ثوب من القطن الابيض قاموس (قوله كيفما كان) متساويا أو متفاضلا اهـ ح (قوله لاختلافهما جنسا) لانه وان اتحد الاصل فقد اختلفت الصفة كالحنطة والخبز وذلك اختلاف جنس كما سيأتى وعلله فى الاختيار باختلاف المقصود والمعيار (قوله فى قول محمد) وقال ابو يوسف لا يجوز الا متساويا بحر وأفاد أن بيع الكرباس بالقطن لا خلاف فيه وبه صرّح فى الاختيار قلت لان القطن يصير غزلا ثم يصير كرباسا فالغزل أقرب الى القطن من الكرباس فلذا ادّعى أبو يوسف المجانسة بين الغزل والقطن لا بين الكرباس والقطن (قوله وهو الاصح) والفتوى عليه كما فى الاختيار وفى البحر أنه الاظهر (قوله وفى القنية) اى عن أبى يوسف (قوله لانهما ليسا بموزونين) اى بل أحدهما موزون فقط وهو الغزل فلم يجمعهما القدر فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وقوله ولا جنسين اى بل هما جنس واحد لانهما من أجزاء القطن فلذا قيد بقوله يدا بيد فيحرم النساء لاتحاد الجنس ويظهر لى أن مافى القنية محمول على ثياب يمكن نقضها

فان نقد أحدهما جاز) وان تفرّقا بلا قبض احدهما لم يجز لما مرّ (كما جاز بيع لحم بحيوان ولو من جنسه) لانه بيع الموزون بما ليس بموزون فيجوز كيفما كان بشرط التعيين أما نسيئة فلا وشرط محمد زيادة المجانس ولو باع مذبوحة بحية أو بمذبوحة جاز اتفاقا وكذا المسلوختين ان تساويا وزنا ابن ملك وأراد بالمسلوخة المفصولة عن السقط ككرش وأمعاء بحر (و) كما جاز بيع (كرباس بقطن وغزل مطلقا) كيفما كان لاختلافهما جنسا (كبيع قطن بغزل) القطن (فى) قول محمد وهو (الاصح) حاوى وفى القنية لا بأس بغزل قطن بثياب قطن يدا بيد لانهما ليسا بموزونين ولا جنسين وكذلك غزل كل جنس بثيابه اذا لم توزن

لكن لا تباع وزنا كما قدمه آخرا فيظهر اتحاد الجنس نظرا لما بعد النقض وحينئذ فلا يخالف قول الشارح في بيع الكرباس بالقطن لاختلافهما جنسا لان الكرباس بالنقض يعود غزلا لاقطنا فاختلاف الجنس بعد النقض في صورة بيع الكرباس بالقطن موجود لان القطن مع الغزل جنسان على ماهو الاصح بخلافه في صورة بيعه بالغزل ويدل على هذا الحل قوله في التتارخانية عن الغياثية ويجوز بيع الثوب بالغزل كيفما كان الاثوبا يوزن وينقض اه فافهم (قوله خلافا للعيني) حيث قال وزنا وكأنه سبق قلم ح (قوله في الحال) متعلق بقوله متماثلا (قوله لا المآل) بمد الهمزة اى لا يعتبر التماثل بعد الجفاف (قوله خلافا لهما) راجع لقوله اوبتمر وبقولهما قالت الائمة الثلاثة أما بيع الرطب بالرطب فهو جائز بالاجماع كما في النهر وغيره (قوله لم يجز اتفاقا) لان المجازفة والوزن لا يعلم بهما المساواة كيلا لان أحدهما قد يكون أثقل من الآخر وزنا وهو أنقص كيلا أفاده ط (قوله اوبزبيب) فيه الاختلاف السابق وقيل لا يجوز اتفاقا بحر وحكى في الفتح فيه قولين آخرين الجواز اتفاقا والجواز عندهما بالاعتبار كالزيت بالزيتون (قوله كذلك) اى في الحال لا المآل اه ح وهذا بالنظر الى عبارة الشرح أما على عبارة المتن فالاشارة الى قوله متماثلا فافهم (قوله كتين ورمان) وكشمش وجوز وكمثرى واجاص فتح (قوله يباع رطبها برطبها الخ) بفتح الراء وسكون الطاء خلاف اليابس وهذا تصريح بوجه الشبه المفاد من قوله وكذا وهذا على الخلاف المار بين الامام وصاحبيه (قوله بمثله) اى رطبا برطب اومبلولا بمبلول وقوله وباليابس اى رطبا بيابس اومبلولا بيابس فالصور أربع كما في العناية (قوله منقوع) الذى في الهداية والدرر وغيرهما منقع وفي العزمية عن المغرب المنقع بالفتح لاغير من أنقع الزبيب في الخابية اذا ألقاه يبتل وتخرج منه الحلاوة اه (قوله خلافا لمحمد) راجع لما ذكر في قوله كبيع بر الى هنا كما في الفتح وذكر أيضا أن الاصل أن محمدا اعتبر المماثلة في أعدل الاحوال وهو المآل عند الجفاف وهما اعتبراها في الحال الا أن أبا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث النهي عنه ولا يلحق به الا ما في معناه قال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفخت أما اذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا (قوله وفي العناية الخ) بيان لضابط فيما يجوز بيعه من المتجانسين المتفاوتين ومالا يجوز وأورد على الاصل للاول جواز بيع البر المبلول بمثله وباليابس مع أن التفاوت بينهما بصنع العبد قال في الفتح واجيب بأن الحنطة في اصل الخلقة رطبة وهي مال الربا اذ ذاك والبل بالماء يعيدها الى ماهو اصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي (قوله فهو ساقط الاعتبار) فيجوز البيع بشرط التساوي (قوله كما سيجيء) اى قريبا في قوله لا بيع البر بدقيق الخ (قوله لحوم مختلفة) اى مختلفة الجنس كلحم الابل والبقر والغنم بخلاف البقر والجاموس والمعز والضأن (قوله يدا بيد) فلا يحل النساء لوجود القدر (قوله ولبن بقر وغنم) الاولى تقديمه على قوله بعضها ببعض وفي نسخة ولبن بقر بغنم اى بلبن غنم وهذه النسخة اولى (قوله باعتبار العادة) اى باتخاذ الخل منه (قوله وشحم بطن بألية اولحم) لانها وان كانت كلها من الضأن الا أنها أجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والمقاصد نهر قال ط فقوله بعد لاختلاف أجناسها يرجع الى هذا أيضا (قوله بالفتح) اى فتح الهمزة وسكون اللام وتخفيف الياء المثناة التحتية (قوله ببر أودقيق) لان الخبز بالصنعة صار جنسا آخر حتى خرج من أن يكون مكيلا والبر والدقيق مكيلان فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر نسيئة بحر ويأتي تمامه قريبا (قوله ولو منه) اى ولو كان الدقيق من البر (قوله وزيت مطبوخ بغير المطبوخ الخ) كذا في البحر وقال في الفتح واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فتمنع النسيئة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتنتفي باعتبار ما اضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما اضيفا اليه من الورد أو البنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض وعلى هذا قالوا لو ضم الى الاصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين من غير المربى وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التي فيها بازاء الزيادة على الرطل اه ملخصا وتمامه فيه فراجعه وعلى هذا فقول الشارح وزيت مطبوخ ان أراد به المغلي لا يصح لانه لا يظهر فيه اختلاف الجنس او المطبوخ بغيره فلا

(و) كبيع (رطب برطب او بتمر متماثلا) كيلا لا وزنا خلافا للعيني في الحال لا المآل خلافا لهما فلو باع مجازفة او موازنة لم يجز اتفاقا ابن ملك (وعنب) بعنب او (بزبيب) متماثلا (كذلك) وكذا كل ثمرة تجف كتين ورمان يباع رطبها برطبها ويابسها كبيع بر رطبا او مبلولا بمثله وباليابس وكذا بيع تمر أو زبيب منقوع بمثلها او باليابس منهما خلافا لمحمد زيلعي وفي العناية كل تفاوت خلقي كالرطب والتمر والجيد والرديء فهو ساقط الاعتبار وكل تفاوت بصنع العباد كالحنطة بالدقيق والحنطة المقلية بغيرها يفسد كما سيجيء (و) كبيع (لحوم مختلفة بعضها ببعض متفاضلا) يدا بيد (ولبن بقر وغنم وخل دقل) بفتحتين رديء التمر وخصه باعتبار العادة (بخل عنب وشحم بطن بألية) بالفتح ما يسميه العوام لية (او لحم وخبز) ولو من بر (ببر أودقيق) ولو منه وزيت مطبوخ بغير المطبوخ ودهن مربى بالبنفسج بغير المربى منه (متفاضلا)

يسمى زيتا فتعين أنّ المراد به المطيب وأن صحة بيعه متفاضلا مشروطة بما اذا كانت الزيادة فى غير المطيب لتكون الزيادة فيه بازاء الرائحة التى فى المطيب (قوله أووزنا) المناسب اسقاطه لانه يغنى عنه قوله بعده كيف كان ولانّ قول المصنف متفاضلا قيد لجميع ما مرّ ولذا قال الشارح لاختلاف أجناسها فافهم نعم وقع فى النهر لفظ أووزنا فى محله حيث قال وصح أيضا بيع الخبز بالبرّ وبالدقيق متفاضلا فى أصح الروايتين عن الامام قيل هو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة وعليه الفتوى عددا أووزنا كيفما اصطلحوا عليه لانه بالصنعة صار جنسا آخر والبرّ والدقيق مكيلان فانتفت العلتان اهـ (قوله فلو اتحد) كلحم البقر والجاموس والمعز والضأن وكذا ألبانها نهر (قوله الا فى لحم الطير) فيجوز بيع الجنس الواحد منه كالسمان والعصافير متفاضلا فتح وفى القهستانى ولا بأس بلحوم الطير واحدا باثنين يدا بيد كما فى الظهيرية (قوله حتى لو وزن) اى واتحد جنسه لم يجز اى متفاضلا (قوله أنّ الاختلاف) اى اختلاف الجنس (قوله باختلاف الاصل) كخلّ الدقل مع خلّ العنب ولحم البقر مع لحم الضأن (قوله او المقصود) كشعر المعز وصوف الغنم فانّ ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف بخلاف لحمهما ولبنهما فانه جعل جنسا واحدا كما مرّ لعدم الاختلاف أفاده فى الفتح (قوله أو بتبدل الصفة) كالخبز مع الحنطة والزيت المطيب بغير المطيب وعبارة الفتح وزيادة الصنعة بالنون والعين (قوله وجاز الاخير) وهو بيع خبز برّ أو دقيق (قوله ولو الخبز نسيئة) عبارة الدرر وبالنساء فى الاخير فقط والشارح أخذ ذلك من قوله به يفتى لانه اذا كان المتأخر هو البرّ جاز اتفاقا لانه أسلم وزنيا فى كيلى والخلاف فيما اذا كان الخبز هو النسيئة فمنعاه وأجازه ابو يوسف ط (قوله والاحوط المنع الخ) قال فى الفتح لكن يجب أن يحتاط وقت القبض بقبض الجنس المسمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه اذا قبض دون المسمى صفة واذا كان كذلك فالاحتياط فى منعه لانه قلّ أن يأخذ من النوع المسمى خصوصا فيمن يقبض فى ايام كل يوم كذا كذا رغيفا (قوله الاحسن الخ) اى فى بيع الخبز بالبرّ نسيئة ووجه كونه أحسن كون الخبز فيه ثمنا لا مبيعا فلا يلزم فيه شروط السلم تأمل وأصل المسألة فى الذخيرة حيث قال فى السلم واذا دفع الحنطة الى خباز جملة وأخذ الخبز مفرّقا ينبغى أن يبيع صاحب الحنطة خاتما أوسكينا من الخباز بألف منّ من الخبز مثلا ويجعل الخبز ثمنا ويصفه بصفة معلومة حتى يصير دينا فى ذمّة الخباز ويسلم الخاتم اليه ثم يبيع الخباز الخاتم من صاحب الحنطة بالحنطة مقدار ما يريد الدفع ويدفع الحنطة فيبقى له على الخباز الخبز الذى هو ثمن هكذا قيل وهو مشكل عندى قالوا اذا دفع دراهم الى خباز فأخذ منه كل يوم شيأ من الخبز فكلما أخذ يقول هو على ما قاطعتك عليه اهـ ما فى الذخيرة قلت ولعل وجه الاشكال أنّ اشتراطهم أن يقول المشترى كلما اخذ شيأ هو على ما قاطعتك عليه ليكون بيعا مستأنفا على شئ متعين وهذا يقتضى أنّ الخبز لا يصح أن يكون دينا فى الذمّة والا لم يحتج الى أن يقول المشترى ذلك ورأيت معزيا الى خط المقدسى ما نصه اقول يمكن دفعه بأنّ الخبز هنا ثمن بخلاف التى قيست عليها فتأمل اهـ أقول بيانه أنّ المبيع هو المقصود من البيع ولذا لم يجز بيع المعدوم الا بشروط السلم بخلاف الثمن فانه وصف يثبت فى الذمّة ولذا صح البيع مع عدم وجود الثمن لانّ الموجود فى الذمّة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن كما حققه فى الفتح من السلم على أن المقيس عليها لا يلزم فيها قول المشترى ذلك لانه لو أخذ شيأ وسكت ينعقد بيعا بالتعاطى نعم لو قال حين دفع الدراهم اشتريت منك كذا من الخبز وصار يأخذ كل يوم من الخبز يكون فاسدا والاكل مكروه لانه اشترى خبزا غير مشار اليه فكان المبيع مجهولا كما قدمناه عن الولوالجية اول البيوع فى مسألة بيع الاستجرار (قوله وكذا عددا وعليه الفتوى) هذا موجود فى عبارة القهستانى عن المضمرات بهذا اللفظ فمن نفى وجوده فيها فكأنه سقط من نسخته ولعل وجه الافتاء به مبنىّ على الافتاء بقول محمد الآتى فى استقراضه عددا (قوله وسيجئ) اى قريبا متنا (قوله بدقيق أوسويق) اى دقيق البرّ أوسويقه بخلاف دقيق الشعير أوسويقه فانه يجوز لاختلاف الجنس أفاده فى الفتح (قوله هو المجروش) اى الخشن وفى القهستانى وغيره السويق دقيق البرّ المقلىّ ولعله يجرش فلا ينافى ما قبله (قوله ولا بيع دقيق بسويق) اى كلاهما من الحنطة او الشعير كما فى الفتح فلو اختلف الجنس جاز (قوله ولو متساويا) تفسير للاطلاق (قوله لعدم المسوّى) قال فى الاختيار والاصل فيه أن شبهة الربا وشبهة الجنسية ملحقة بالحقيقة فى باب الربا احتياطا للحرمة وهذه الاشياء جنس واحد نظرا الى الاصل والمخلص

اووزنا كيف كان لاختلاف أجناسها فلو اتحد لم يجز متفاضلا الا فى لحم الطير لانه لا يوزن عادة حتى لو وزن لم يجز زيلعى وفى الفتح لحم الدجاج والاوز وزنى فى عادة مصر وفى النهر لعله فى زمنه أما فى زماننا فلا والحاصل أن الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود او بتبدل الصفة فليحفظ وجاز الاخير ولو الخبز نسيئة به يفتى درر اذا اتى بشرائط السلم لحاجة الناس والاحوط المنع اذ قلما يقبض من جنس ما سمى وفى القهستانى معزيا للخزانة الاحسن أن يبيع خاتما مثلا من الخباز بقدر ما يريد من الخبز ويجعل الخبز الموصوف بصفة معلومة ثمنا حتى يصير دينا فى ذمة الخباز ويسلم الخاتم ثم يشترى الخاتم بالبرّ وفيه معزيا للمضمرات يجوز السلم فى الخبز وزنا وكذا عددا وعليه الفتوى وسيجئ جواز استقراضه أيضا (و) جاز بيع (اللبن بالجبن) لاختلاف المقاصد والاسم حاوى (لا) يجوز (بيع البرّ بدقيق أوسويق) هو المجروش ولا بيع دقيق بسويق (مطلقا) ولو متساويا لعدم المسوّى

اى عن الربا هو التساوى فى الكيل وانه متعذر لانكباس الدقيق فى المكيال اكثر من غيره واذا عدم المخلص حرم البيع (قوله خلافا لهما) هذا الخلاف فى بيع الدقيق بالسويق كما هو صريح الزيلعى فأجازاه لانهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود ولا يجوز نسيئة لان القدر يجمعهما ط وكذا اقتصر على ذكر الخلاف فى هذه المسألة فى الهداية وغيرها وفى شرح درر البحار ومنع اتفاقا أن يباع البر بأجزائه كدقيق وسويق ونخالة والدقيق بالسويق ممنوع عنده مطلقا وجوزاه مطلقا (قوله متساويا كيلا) نصب متساويا على الحال وكيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرقا والاصل متساويا كيله فتح (قوله اذا كانا مكبوسين) لم يذكره فى الهداية وغيرها بل عزاه فى الذخيرة الى ابن الفضل قال فى الفتح وهو حسن ثم قال وفى بيعه وزنا روايتان ولم يذكر فى الخلاصة الارواية المنع وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز الا متماثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبى يوسف بأن تكون النخالة الخالصة اكثر من التى فى الدقيق (قوله وحنطة مقلية بمقلية) المقلى الذى يقلى على النار وهو المحمص عرفا قال فى الفتح واختلفوا فيه قيل يجوز اذا تساويا كيلا وقيل لا وعليه عول فى المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ فى أحدهما اكثر من الآخر والاول اولى اه (قوله ففاسد) اى اتفاقا فتح (قوله والسمسم) بكسر السينين وحكى فتحهما (قوله الشيرج) بوزن جعفر (قوله حتى يكون الزيت الخ) اى بطريق العلم فلو جهل أو علم انه أقل أو مساو لا يجوز فالاحتمالات اربع والجواز فى أحدها فتح وكتب بعضهم هنا انه يؤخذ من نظائره فى باب الصرف اشتراط القبض لكل من المبيع والثمن فى المجلس بعد هذا الاعتبار خصوصا من تعليل الزيلعى بقوله لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما فى ضمنهما وان اختلفا صورة فثبتت بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت بالشبهة اه قلت وفيه غفلة عما تقدم منا من أن التقابض معتبر فى الصرف أما غيره من الربويات فالمعتبر فيه التعيين وتعليل الزيلعى بالجنسية لوجوب الاعتبار وحرمة التفاضل بدونه فتدبر (قوله بالثفل) بضم الثاء المثلثة ما استقر تحت الشئ من كدره قاموس وغيره (قوله كجوز بدهنه الخ) قال فى الفتح وأظن أن لا قيمة لثفل الجوز الا أن يكون بيع بقشره فيوقد وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج اه (قوله فسد بالزيادة) ولا بد من المساواة لان التراب لا قيمة له فلا يجعل بازائه شئ منح ط (تنبيه) مثل ما ذكر فى الوجوه الاربعة بيع شاة ذات لبن أو صوف بلبن أو صوف والرطب بالدبس والقطن بحبه والتمر بنواه وتمامه فى القهستانى (قوله عند محمد) وقال ابو حنيفة لا يجوز وزنا ولا عددا وقال ابو يوسف يجوز وزنا لا عددا وبه جزم فى الكنز وفى الزيلعى أن الفتوى عليه (قوله وعليه الفتوى) وهو المختار لتعامل الناس وحاجتهم اليه ط عن الاختيار وما عزاه الشارح الى ابن ملك ذكره فى التتارخانية أيضا كما قدمناه فى فصل القرض (قوله واستحسنه الكمال) حيث قال ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبى يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله وبعكسه لا) اى واذا كان الرغيفان نقدا والرغيف نسيئة لا يجوز بحر ونهر عن المجتبى وهكذا رأيته فى المجتبى فافهم وانظر ما وجه المسألتين وقال ط فى توجيه الاولى لانه عددى متفاوت فيجعل الرغيف بمقابلة أحد الرغيفين والاجل يجعل رغيفا حكما بمقابلة الرغيف الثانى مجتبى اه ولم اره فى المجتبى ويرد عليه أنه متى وجد الجنس حرم النساء كما مر فى بيع تمرة بتمرتين وأيضا التعليل بأنه عددى متفاوت يقتضى عدم الجواز ولذا لما أجاز محمد استقراضه علله باهدار التفاوت فكيف يجعل التفاوت علة الجواز وعلله شيخنا بأن تأجيل الثمن جائز دون المبيع وفيه أن هذا لا يظهر فى الكسيرات والحاصل انه مشكل ولذا قال السائحانى ان هذا الفرع خارج عن القواعد لان الجنس بانفراده محرم للنساء فلا يعمل به حتى ينص على تصحيحه كيف وهو من صاحب المجتبى (قوله كيف كان) اى نقدا ونسيئة مجتبى (قوله ولا ربا بين السيد وعبده) لانه وما فى يده لمولاه فلا يتحقق الربا لعدم تحقق البيع فتح (قوله ولو مدبرا) دخل ام الولد كما فى الفتح (قوله لا مكاتبا) لانه صار كالحر يدا وتصرفا فى كسبه نهر (قوله اذا لم يكن دينه مستغرقا) وكذا اذا لم يكن عليه دين أصلا بالاولى فافهم (قوله يتحقق الربا اتفاقا) أما عند الامام فلعدم ملكه لما فى يد عبده المأذون المديون وأما عندهما فلانه ان لم يزل ملكه عما فى يده لكن تعلق بما فى يده حق الغرماء فصار المولى كالاجنبى

فيحرم لشبهة الربا خلافا لهما وأما بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا اذا كانا مكبوسين فجائز اتفاقا ابن ملك كبيع سويق بسويق وحنطة مقلية بمقلية وأما المقلية بغيرها ففاسد كما مر (و) لا (الزيتون بزيت والسمسم بحل) بمهملة الشيرج (حتى يكون الزيت والحل اكثر مما فى الزيتون والسمسم) ليكون قدره بمثله والزائد بالثفل وكذا كل ما لثفله قيمة كجوز بدهنه ولبن بسمنه وعنب بعصيره فان لا قيمة له كبيع تراب ذهب بذهب فسد بالزيادة لربا الفضل

(ويستقرض الخبز وزنا وعددا) عند محمد وعليه الفتوى ابن ملك واستحسنه الكمال واختاره المصنف تيسيرا وفى المجتبى باع رغيفا نقدا برغيفين نسيئة جاز وبعكسه لا وجاز بيع كسراته كيف كان

(ولا ربا بين سيد وعبده) ولو مدبرا لا مكاتبا (اذا لم يكن دينه مستغرقا لرقبته وكسبه) فلو مستغرقا يتحقق الربا اتفاقا ابن ملك وغيره

قوله فلانه ان لم يزل هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه الواو قبل ان والاصل فلانه وان لم يزل الخ فتأمل اه مصححه

فيتحقق الربا بينهما كما يتحقق بينه وبين مكاتبه فتح (قوله التحقيق الاطلاق) اى عن الشرط المذكور كما فعل فى الكنز تبعا للمبسوط وقد تبع المصنف الهداية (قوله لا للربا بل لتعلق حق الغرماء) لانه أخذه بغير عوض ولو اعطاه العبد درهما بدرهمين لايجب عليه الرد أى على المولى كما فى صرف المحيط نهر (قوله اذا تبايعا من مال الشركة) الظاهر أن المراد اذا كان كل من البدلين من مال الشركة أما لو اشترى أحدهما درهمين من مال الشركة بدرهم من ماله مثلا فقد حصل للمشترى زيادة وهى حصة شريكه من الدرهم الزائد بلا عوض وهو عين الربا تأمل (قوله ولا بين حربى ومسلم مستأمن) احترز بالحربى عن المسلم الاصلى والذمى وكذا عن المسلم الحربى اذا هاجر الينا ثم عاد اليهم فانه ليس للمسلم أن يرابى معه اتفاقا كما يذكره الشارح ووقع فى البحر هنا غلط حيث قال وفى المجتبى مستأمن منا باشر مع رجل مسلما كان أو ذميا فى دارهم أو من اسلم هناك شيأ من العقود التى لا تجوز فيما بيننا كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما خلافا لابى يوسف اه فان مدلوله جواز الربا بين مسلم اصلى مع مثله أو مع ذمى هناك وهو غير صحيح لما علمته من مسألة المسلم الحربى والذى رأيته فى المجتبى هكذا مستأمن من اهل دارنا مسلما كان أو ذميا فى دارهم أو من اسلم هناك باشر معهم من العقود التى لا تجوز الخ وهى عبارة صحيحة فما فى البحر تحريف فتنبه (قوله ومسلم مستأمن) مثله الاسير لكن له أخذ مالهم ولو بلا رضاهم كما مر فى الجهاد (قوله ولو بعقد فاسد) اى ولو كان الربا بسبب عقد فاسد من غير الاموال الربوية كبيع بشرط كما حققناه فيما مر وأعم منه عبارة المجتبى المذكورة وكذا قول الزيلعى وكذا اذا تبايعا فيها بيعا فاسدا (قوله ثمة) اى فى دار الحرب قيد به لانه لو دخل دارنا بأمان فباع منه مسلم درهما بدرهمين لا يجوز اتفاقا ط عن مسكين (قوله لان ماله ثمة مباح) قال فى فتح القدير لا يخفى أن هذا التعليل انما يقتضى حل مباشرة العقد اذا كانت الزيادة ينالها المسلم والربا أعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان اى فى بيع درهم بدرهمين من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسألة بالحل عام فى الوجهين وكذا القمار قد يفضى الى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغالب له فالظاهر أن الاباحة بقيد نيل المسلم الزيادة وقد ألزم الاصحاب فى الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب اه قلت ويدل على ذلك ما فى السير الكبير وشرحه حيث قال واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فلا بأس بأن يأخذ منهم اموالهم بطيب انفسهم بأى وجه كان لانه انما أخذ المباح على وجه عرى عن الغدر فيكون ذلك طيبا له والاسير والمستأمن سواء حتى لو باعهم درهما بدرهمين او باعهم ميتة بدراهم أو اخذ مالا منهم بطريق القمار فذلك كله طيب له اه ملخصا فانظر كيف جعل موضوع المسألة الاخذ من اموالهم برضاهم فعلم أن المراد من الربا والقمار فى كلامهم ما كان على هذا الوجه وان كان اللفظ عاما لان الحكم يدور مع علته غالبا (قوله مطلقا) اى ولو بعقد فاسد ط (قوله بلا غدر) لانه لما دخل دارهم بأمان فقد التزم أن لا يغدرهم وهذا القيد لزيادة الايضاح لا ان ما أخذه برضاهم لا غدر فيه (قوله خلافا للثانى) اى أبى يوسف وخلافه فى المستأمن دون الاسير (قوله والثلاثة) اى الائمة الثلاثة (قوله لان ماله غير معصوم) العصمة الحفظ والمنع وقال فى الشرنبلالية لعله أراد بالعصمة التقوم اى لا تقوم له فلا يضمن بالاتلاف لما قال فى البدائع معللا لابى حنيفة لان العصمة وان كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن بالاتلاف وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان اه (قوله فلا ربا اتفاقا) اى لا يجوز الربا معه فهو نفى بمعنى النهى كما فى قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق فافهم (قوله ومنه يعلم الخ) اى يعلم مما ذكره المصنف مع تعليله أن من أسلما ثمة ولم يهاجرا لا يتحقق الربا بينهما أيضا كما فى النهر عن الكرمانى وهذا يعلم بالاولى (قوله الا فى هذه الست مسائل) اولها السيد مع عبده وآخرها من أسلما ولم يهاجرا وحقه أن يقول المسائل بالتعريف والله سبحانه أعلم

* (باب الحقوق) *

جمع حق والحق خلاف الباطل وهو مصدر حق الشئ من بابى ضرب وقتل اذا وجب وثبت ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها اه وفى البناية الحق ما يستحقه الرجل وله معان أخر منها ضد الباطل اه وتمامه فى البحر

قوله اذا تبايعا من مال الشركة هكذا بخطه والذى فى المتن اذا تبايعا من مالها قال الشارح بعده اى من مال الشركة فليحرر اه مصححه

لكن فى البحر عن المعراج التحقيق الاطلاق واعارة الزائد لا للربا بل لتعلق حق الغرماء (ولا) ربا (بين متفاوضين وشريكى عنان اذا تبايعا من مالها) اى مال الشركة زيلعى (ولا بين حربى ومسلم) مستأمن ولو بعقد فاسد أو قمار (ثمة) لان ماله ثمة مباح فيحل برضاه مطلقا بلا غدر خلافا للثانى والثلاثة (و) حكم (من اسلم فى دار الحرب ولم يهاجر كحربى) فللمسلم الربا معه خلافا لهما لان ماله غير معصوم فلو هاجر الينا ثم عاد اليهم فلا ربا اتفاقا جوهرة قلت ومنه يعلم حكم من أسلما ثمة ولم يهاجرا والحاصل أن الربا حرام الا فى هذه الست مسائل

* (باب الحقوق) *

فى البيع

أخرها لتبعيتها ولتبعيته ترتيب الجامع الصغير (اشترى بيتا فوقه آخر لا يدخل فيه العلو) مثلث العين (ولو قال بكل حق) هو له أو بكل قليل وكثير (مالم ينص عليه) لانّ الشئ لا يستتبع مثله (وكذا لا يدخل) العلو (بشراء منزل) هو ما لا اصطبل فيه (الا بكل حق هو له أو بمرافقه) اى حقوقه كطريق ونحوه وعند الثانى المرافق المنافع أشباه (او بكل قليل او كثير هو فيه او منه ويدخل) العلو (بشراء دار وان لم يذكر شيأ) ولو الابنية بتراب أو بخيام أو قباب وهذا التفصيل عرف الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو بلا ذكر فى الصور كلها فتح وكافى سواء كان المبيع بيتا فوقه علو أو غيره الا دار الملك فتسمى سراى نهر (كـ) ما يدخل فى شراء الدار (الكنيف وبئر الماء والاشجار التى فى صحنها و) كذا (البستان الداخل) وان لم يصرح بذلك (لا) البستان (الخارج الا اذا كان اصغر منها) فيدخل تبعا ولو مثلها او اكبر فلا

٢ الا بالشرط زيلعى وعينى (والظلة لا تدخل فى بيع الدار) لبنائها على الطريق فأخذت حكمه (الا بكل حق ونحوه) مما مرّ وقالا ان مفتحها فى الدار تدخل كالعلو (ويدخل الباب الاعظم فى بيع بيت أو دار مع ذكر المرافق) لانه من مرافقها خانية (لا) يدخل (الطريق والمسيل

٢ مطلب ــــــــــ الاحكام تبتنى على العرف

وفى النهر اعلم أن الحق فى العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ولا بدّ له منه ولا يقصد الا لاجله كالطريق والشرب للارض ويأتى تمامه (قوله لتبعيتها) اى لانّ الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع بحر عن المعراج قال بعضهم ولهذا الباب مناسبة خاصة بالربا لانّ فيه بيان فضل هو حرام وهنا بيان فضل على المبيع هو حلال (قوله ولتبعيته) اى المصنف وكذا صاحب الكنز والهداية (قوله مثلث العين) واللام ساكنة ط عن الحموى (قوله لانّ الشئ) علة لقوله لا يدخل فيه العلو وذلك أنّ البيت اسم لمسقف واحد جعل لبيات فيه ومنهم من يزيد له دهليز افاذا باع البيت لا يدخل العلو ما لم يذكر اسم العلو صريحا لانّ العلو مثله فى أنه مسقف يبات فيه والشئ لا يستتبع مثله بل هو أدنى منه فتح ولم يدخل بذكر الحق لانّ حق الشئ تبع له فهو دونه والعلو مثل البيت لا دونه (قوله هو ما لا اصطبل فيه) قال فى الفتح المنزل فوق البيت ودون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين او ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتأتى السكنى بالعيال مع ضرب قصور اذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل الدواب فيكون البيت دونه ويصلح أن يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص على اسمه الخاص ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة اهـ اى زيادة ذكر التوابع اى قوله بكل حق هو له الخ (قوله اى حقوقه) فى جامع الفصولين من الفصل السابع أنّ الحقوق عبارة عن مسيل وطريق وغيره وفاقا والمرافق عند أبى يوسف عبارة عن منافع الدار وفى ظاهر الرواية المرافق هى الحقوق واليه يشير قوله او بمرافقه نهر فعلى قول أبى يوسف المرافق أعمّ لانها توابع الدار مما يرتفق به كالمتوضأ والمطبخ كما فى القهستانى وقدّم قبله أن حق الشئ تابع لا بدّ له منه كالطريق والشرب اهـ فهو أخص تأمل (قوله كطريق) اى طريق خاص فى ملك انسان ويأتى بيانه (قوله هو فيه او منه) اى هو داخل فيه او خارج منه بأو دون الواو على ما اختاره اصحابنا كما ذكره الصيرفى والجملة صفة لحق مقدّر لا لقليل او كثير فانّ الصفة لا توصف ولا لكل على رأى كما تقرّر وبهذا التقرير اندفع طعن أبى يوسف على محمد بدخول الامتعة فيها وطعن زفر عليه بدخول الزوجة والولد والثمرات قهستانى (قوله بشراء دار) هى اسم لساحة أدير عليها الحدود تشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاستراوح ومنافع الابنية للاسكان فتح (قوله سواء كان المبيع بيتا الخ) عبارة النهر قالوا هذا فى عرف اهل الكوفة أما فى عرفنا فيدخل العلو من غير ذكر فى الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو أو منزلا كذلك لانّ كل مسكن يسمى خانه فى العجم ولو علوا سواء كان صغيرا كالبيت او غيره الا دار الملك فتسمى سراى اهـ وهو مأخوذ من الفتح لكن قوله ولو علوا صوابه وله علو كما فى عبارة الفتح وعبارة الهداية ولا يخلو عن علو قلت وحاصله أن كل مسكن فى عرف العجم يسمى خانه الا دار الملك تسمى سراى والخانه لا يخلو عن علو فلذا دخل العلو فى الكل وظاهره أن البيع يقع عندهم بلفظ خانه لكن فى البحر عن الكافى وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار والاحكام تبتنى على العرف فيعتبر فى كل اقليم وفى كل عصر عرف اهله اهـ قلت وحيث كان المعتبر العرف فلا كلام سواء كان باسم خانه أو غيره وفى عرفنا لو باع بيتا من دار أو باع دكانا أو اصطبلا أو نحوه لا يدخل علوه المبنى فوقه ما لم يكن باب العلو من داخل المبيع (قوله الا دار الملك) المستثنى منه غير مذكور فى كلامه كما علم مما ذكرناه (قوله الكنيف) اى ولو خارجا مبنيا على الظلة لانه يعدّ من الدار بحر وهو المستراح وبعضهم يعبر عنه بيت الماء نهر (قوله والاشجار) اى دون أثمارها الا بالشرط كما مرّ فى فصل ما يدخل فى المبيع تبعا وفيه بيان مسائل يحتاج الى مراجعتها هنا (قوله فيدخل تبعا) قيده الفقيه ابو جعفر بما اذا كان مفتحه فيها (قوله والظلة لا تدخل) فى المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدّة التى فوق الباب وادّعى فى ايضاح الاصلاح أن هذا وهم بل هى الساباط الذى أحد طرفيه على الدار والآخر على دار اخرى او على الاسطوانات التى فى السكة وعليه جرى فى فتح القدير وغيره نهر (قوله ويدخل الباب الاعظم) اى اذا كان له باب اعظم وداخله باب آخر دونه وقوله مع ذكر المرافق يفيد أنه لا يدخل بدونه وهو خفى فانّ الظاهر انه مثل الطريق الى سكة كما يأتى فتأمّل وقد يقال ان صورة المسألة ما لو باع بيتا من دار فيدخل فى البيع باب البيت فقط دون باب الدار الاعظم وكذا لو باع دارا داخل دار اخرى لا يدخل باب الدار الاخرى أيضا بدون ذكر المرافق بخلاف ما اذا كان البابان للمبيع وحده وكان يتوصل من أحدهما الى الآخر تأمل (قوله لا يدخل

والشرب الا بنحو كل حق) ونحوه مما مر (بخلاف الاجارة) لدار أو أرض فتدخل بلا ذكر لانها تعقد للانتفاع لا غير (والرهن والوقف) خلاصة (ولو أقر بدار أو صالح عليها أو أوصى بها ولم يذكر حقوقها ومرافقها لا يدخل الطريق) كالبيع ولا يدخل في القسمة وان ذكر الحقوق والمرافق

قوله دخول حق التسييل هكذا بخطه ولعل الاصوب التعبير بيدخل بدل دخول ليكون جواب اذا أو خبر أن تأمل اه مصححه

الطريق الخ) يوهم انه لا يدخل مع ذكر المرافق وليس كذلك فكان عليه أن يقول وكذا الطريق الخ وبه يستغنى عن الاستثناء بعده قال في الهداية ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق الا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع اه قال في الفتح وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك انسان فأما طريقها الى سكة غير نافذة أو الى الطريق العام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسييل الماء والقاء الثلج في ملك انسان خاصة اه اى فلا يدخل كما في الكفاية عن شرح الطحاوى وقال فخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار اخرى لا يدخل بلا ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار اه وصورته اذا كانت دار داخل دار اخرى للبائع أو غيره فباع الداخلة فطريقها في الدار الخارجة ليس من الدار المبيعة بل من حقوقها فلا يدخل فيها بلا ذكر الحقوق ونحوها فصار بمنزلة بيع بيت أو نحوه من دار فان طريقه في الدار لا يدخل فيه لانه ليس منه بل خارج عن حدوده كما مر عن الهداية فما أورده في الفتح من أن تعليل فخر الاسلام يقتضى أن الطريق الذى في هذه الدار يدخل وهو خلاف ما في الهداية ففيه نظر فتدبر (تنبيه) قال في الكفاية وفي الذخيرة بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذى يكون وقت البيع لا الطريق الذى كان قبله حتى ان من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل في البيع الطريق الثاني لا الاول اه وفي الفتح عن فخر الاسلام فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار اخرى فالمشترى لا يستحق الطريق ولكن له أن يردها بالعيب ولو كان عليها جذوع لدار اخرى فان كانت للبائع أمر برفعها وان لغيره كانت بمنزلة العيب ولو ظهر فيها طريق أو مسيل ماء لدار اخرى للبائع فلا طريق له في المبيعة اه وفي حاشية الرملى عن النوازل له داران مسيل الاولى على سطح الثانية فباع الثانية بكل حق لها ثم باع الاولى من آخر فللمشترى الاول منع الثاني من التسييل على سطحه الا اذا استثنى البائع المسيل وقت البيع اه ملخصا قال وما وقع في الخلاصة والبزازية عن النوازل من انه ليس للاول منع الثاني سبق قلم لان الذى في النوازل ما قدمناه ومثله في الولوالجية وبه علم جواب حادثة الفتوى له كرمان طريق الاول على الثاني فباع لبنته الثاني على أن له المرور فيه كما كان فباعته لاجنبى ليس للاجنبى منع الاب (تتمة) جرى العرف في بلاد الشام أنه اذا كان في الدار ميازيب مركبة على سطحها أو بركة ماء في صحنها أو نهر كنيف تحت أرضها وهو المسمى بالمالح دخول حق التسييل في الميازيب وفي النهر المذكور ودخول شرب البركة الجارى اليها وقت البيع وان لم ينصوا على ذلك ولا سيما ماء البركة فانه مقصود بالشراء حتى ان الدار بدونه ينقص ثمنها نقصا كثيرا وقدمنا آنفا عن الكافي أن الاحكام تبتنى على العرف وانه يعتبر في كل اقليم وعصر عرف أهله وقد نبهنا على ذلك في فصل ما يدخل في البيع وأيدناه بما في الذخيرة من أن الاصل أن ما كان من الدار متصلا بها يدخل في بيعها تبعا بلا ذكر وما لا فلا يدخل بلا ذكر الا ما جرى العرف أن البائع لا يمنعه عن المشترى فيدخل المفتاح استحسانا للعرف بعدم منعه بخلاف القفل ومفتاحه والسلم من خشب اذا لم يكن متصلا بالبناء وقدمنا هناك عن البحر أن السلم الغير المتصل يدخل في عرف مصر القاهرة لان بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه وتمام ذلك في رسالتنا نشر العرف والله سبحانه أعلم (قوله والشرب) بكسر الشين المعجمة الحظ من الماء وفي الخانية رجل باع أرضا بشربها فللمشترى قدر ما يكفيها وليس له جميع ما كان للبائع اه عزمية (قوله ونحوه) لا حاجة اليه مع المتن (قوله مما مر) اى من ذكر المرافق أو كل قليل وكثير منه ط (قوله فتدخل بلا ذكر) اى يدخل الطريق والمسيل والشرب نهر (قوله لانها الخ) اى لان الاجارة تعقد للانتفاع بعين هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود منه في الاصل ملك الرقبة لا خصوص الانتفاع بل اما هو أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها نهر قال الزيلعى ألا ترى أنه لو استأجر الطريق من صاحب العين لا يجوز يعنى لعدم الانتفاع به بدون العين فتعين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه اه ومثله في المنح عن العينى وفي حواشى مسكين أن هذا تقييد لقول المصنف بخلاف الاجارة فأفاد أن دخول المسيل في الاجارة بلا ذكر الحقوق مقيد بما اذا لم يكن في ملك خاص (قوله كالبيع) أفاد به أن الشرب والمسيل في حكم الطريق ط (قوله ولا يدخل في القسمة الخ) حاصل ما في الفتح أنهما اذا اقتسما ولاحدهما على الآخر مسيل أو طريق ولم يذكرا الحقوق لا تدخل لكن ان

امكن

أمكن له احداثها فى نصيبه فالقسمة صحيحة والافلا بخلاف الاجارة لان الآجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففى ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما وان ذكرا الحقوق فى القسمة دخلت ان لم يمكنه احداثها الا ان امكن الابرضى صريح لان المقصود بالقسمة تمييز الملك لكل منهما لينتفع به على الخصوص بخلاف البيع فان الحقوق تدخل بذكرها وان أمكن احداثها لان المقصود منه ايجاد الملك اهـ ومثله فى الكفاية عن الفوائد الظهيرية وفى النهر عن الوهبانية اذا لم يمكنه فتح باب وقد علم ذلك وقت القسمة صحت وان لم يعلم فسدت اهـ اى لانه عيب وينبغى أن يقيد بذلك قول الفتح والافلا اى وان لم يمكن احداثها فلا تصح القسمة ان لم يعلم بذلك وقتها لانه اذا علم يكون راضيا بالعيب تأمل (قوله نهر عن الفتح) كان عليه أن يؤخر العزو الى النهر آخر العبارة فان جميع ما يأتى مذكور فيه اهـ ح (قوله كما مر) اى فى المتن وعزاه الشارح الى الخلاصة (قوله أن تكون الهبة) اى هبة الدار (قوله على مال) عبارة النهر على دار وهو متعلق بالثلاثة (قوله والوجه فيها لا يخفى) لانها لاستحداث ملك لم يكن لا لخصوص الانتفاع بخلاف الاجارة والله سبحانه أعلم

(باب الاستحقاق)

ذكره بعد الحقوق للمناسبة بينهما لفظا ومعنى ولولا هذا لكان ذكره عقب الصرف اولى نهر (قوله هو طلب الحق) أفاد أن السين والتاء للطلب لكن فى المصباح استحق فلان الامر استوجبه قاله الفارابى وجماعة فالامر مستحق بالفتح اسم مفعول ومنه خرج المبيع مستحقا اهـ فاشار الى أن معناه الشرعى موافق للغوى وهو كون المراد بالاستحقاق ظهور كون الشئ حقا واجبا للغير (قوله بالكلية) اى بحيث لا يبقى لاحد عليه حق التملك منح ودرر والمراد بالاحد أحد الباعة مثلا لا المدعى فان له حق التملك فى المدبر والمكاتب والاستحقاق فيهما من المبطل كما ذكره بعد ط (قوله والناقل لا يوجب فسخ العقد) بل يوجب توقفه على اجازة المستحق كذا فى النهاية وتبعه الجماعة واعترضه شارح بأن غايته أن يكون بيع فضولى وفيه اذا وجد عدم الرضى ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضى والمفسوخ لا تلحقه اجازة قال فى الفتح وما فى النهاية هو المنصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضى اى بالبيع ليس بلازم لجواز أن يكون دليل عدم الرضى بأن يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر فى يد المشترى من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فاثباته ليحصل أحدهما اما العين او البدل بأن يجيز ذلك البيع ثم اعلم انه اختلف فى البيع متى ينفسخ فقيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح انه لا ينفسخ مالم يرجع المشترى على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح وقال الحلوانى الصحيح من مذهب اصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات مالم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفى الزيادات روى عن الامام انه لا ينقض مالم يأخذ العين بحكم القضاء وفى ظاهر الرواية لا ينفسخ مالم يفسخ وهو الاصح اهـ ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها أيضا انه ليس للمشترى الفسخ بلا قضاء أو رضى البائع لان احتمال اقامة البائع البينة على النتاج ثابت الا اذا قضى القاضى فيلزم فينفسخ وتمامه فى الفتح فقد اختلف التصحيح فيما ينفسخ به العقد ويأتى قريبا عن الهداية انه لا ينتقض فى ظاهر الرواية مالم يقض على البائع بالثمن ويمكن التوفيق بين هذه الاقوال بأن المقصود أنه لا ينتقض بمجرد القضاء بالاستحقاق بل يبقى العقد موقوفا بعده على اجازة المستحق أو فسخه على الصحيح فاذا فسخه صريحا فلا شك فيه وكذا لو رجع المشترى على بائعه بالثمن وسلمه اليه لانه رضى بالفسخ وكذا لو طلب المشترى من القاضى أن يحكم على البائع بدفع الثمن فحكم له بذلك أو تراضيا على الفسخ ففى ذلك كله ينفسخ العقد فليس المراد من هذه العبارات حصر الفسخ بواحد من هذه الصور بل أيها وجد بعد الحكم بالاستحقاق انفسخ العقد هذا ما ظهر لى فى هذا المقام بقى شئ وهو أنه يثبت للبائع الرجوع على بائعه بالثمن وان كان قد دفع الثمن الى المشترى بلا الزام القاضى اياه وهذا مذهب محمد وعليه الفتوى خلافا لابى يوسف كما فى الحامدية ونور العين عن جواهر الفتاوى (قوله لانه لا يوجب بطلان الملك) أى ملك المشترى لان الاستحقاق أظهر توقف العقد على اجازة المستحق أو فسخه كما علمت (قوله حكم على ذى اليد) حتى يؤخذ

الابرضى صريح نهر عن الفتح وفى الحواشى اليعقوبية ينبغى أن يكون الرهن كالبيع اذ لا يقصد به الانتفاع قلت هو جيد لولا مخالفته للمنقول كما مر ولفظ الخلاصة ويدخل الطريق فى الرهن والصدقة الموقوفة كالاجارة واعتمده المصنف تبعا للبحر ثم ينبغى أن تكون الهبة والنكاح والخلع والعتق على مال كالبيع والوجه فيها لا يخفى اهـ

(باب الاستحقاق)

هو طلب الحق (الاستحقاق نوعان) أحدهما (مبطل للملك) بالكلية (كالعتق) والحرية الاصلية (ونحوه) كتدبير وكتابة (و) ثانيهما (ناقل له) من شخص الى آخر (كالاستحقاق به) اى بالملك بأن ادعى زيد على بكر أن ما فى يده من العبد ملك له وبرهن (والناقل لا يوجب فسخ العقد) على الظاهر لانه لا يوجب بطلان الملك (والحكم به حكم على ذى اليد

المدعى من يده درر وهذا اذا كان خصما فلا يحكم على مستأجر ونحوه (قوله وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه) هذا مشروط بما اذا ادّعى ذو اليد الشراء منه ففى البحر عن الخلاصة اذا قال المشترى فى جواب دعوى الملك هذا ملكى لانى شريته من فلان صار البائع مقضيا عليه ويرجع المشترى عليه بالثمن أما ان قال فى الجواب ملكى ولم يزد عليه لا يصير البائع مقضيا عليه والارث كالشراء نص عليه فى الجامع الكبير وصورته دار بيد رجل يدعى أنها له فجاء آخر وادّعى أنها له وقضى له بها فجاء أخو المقضى عليه وادّعى أنها كانت لابيه تركها ميراثا له وللمقضى عليه يقضى للاخ المدعى بنصفها لان ذا اليد لم يقل ملكى لانى ورثتها من أبى ليصير الاخ مقضيا عليه وكذا لو أقرّ الاخ المقضى عليه انه ورثها من ابيه بعد انكاره واقامة البينة ولو أقرّ بالارث قبل اقامة البينة لا تسمع دعوى الاخ اه قال وذكر قبله اذا صار المورّث مقضيا عليه فى محدود فمات فادعى وارثه ذلك المحدود ان ادّعى الارث من هذا المورّث لا تسمع وان ادّعى مطلقا تسمع وان كان المورّث مدّعيا وقضى له ثم بعد موته ادّعى المقضى عليه على وارث المقضى له هذا المحدود مطلقا لا تسمع اه (فرع) فى البزازية مسلم باع عبدا من نصرانى فاستحقه نصرانى بشهادة نصرانيين لا يقضى له لانه لو قضى له لرجع بالثمن على المسلم (قوله ولو مورثه) الضمير عائد على من فى قوله وعلى من تلقى الملك منه اى لو اشتراه ذو اليد من مورثه فالحكم عليه بالاستحقاق حكم على المورّث فلا تسمع دعوى بقية الورثة على المستحق بالارث (قوله فلا تسمع دعوى الملك منهم) تفريع على قوله والحكم به حكم على ذى اليد الخ درر وأتى بضمير الجمع اشارة الى شمول مالو تعدد البيع من واحد الى آخر وهكذا ولذا قال فى الدرر بلا واسطة او وسايط وفرّع فى الغرر على ذلك أيضا أنه لا تعاد البينة للرجوع قال فى شرحه يعنى اذا كان الحكم للمستحق حكما على الباعة فاذا أراد واحد من المشترين أن يرجع على بائعه بالثمن لا يحتاج الى اعادة البينة (قوله بل دعوى النتاج) عبارة الغرر بل دعوى النتاج او تلقى الملك من المستحق قال فى شرحه الدرر بأن يقول بائع من الباعة حين رجع عليه بالثمن أنا لا أعطى الثمن لان المستحق كاذب لان المبيع نتج فى ملكى او ملك بائعى بلا واسطة أو بها فتسمع دعواه ويبطل الحكم ان أثبت او يقول أنا لا أعطى الثمن لانى اشتريته من المستحق فتسمع أيضا اه وأفاد كلامه أنه لا يشترط لاثبات النتاج حضور المستحق كما أجاب به فى الحامدية وقال انه مقتضى ما أفتى به فى الخيرية فى باب الاقالة موافقا لما فى العمادية من أن هذا القول أظهر وأشبه لكن فى البزازية أن الاشتراط هو الاظهر والاشبه قلت وعبارة البزازية وعند محمد وهو اختيار شمس الاسلام يقبل بلا حضرته لان الرجوع بالثمن أمر يخص المشترى فاكتفى بحضوره واختيار صاحب المنظومة وهو قياس قولهما وهو الاظهر والاشبه عدم القبول بلا حضور المستحق اه لكن فى الذخيرة قيل على قول محمد وأبى يوسف الآخر يشترط وعلى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول لا يشترط وهذا القول أشبه وأظهر اه وهكذا عزاه فى العمادية الى الذخيرة والمحيط ومثله فى جامع الفصولين ونور العين فالظاهر أن ما فى البزازية من العكس سبق قلم كما حررناه فى تنقيح الحامدية فتنبه لذلك واختلف فى اشتراط حضرة المبيع وأفتى ظهير الدين بعدمه كما سنذكره (قوله مالم يرجع عليه) فليس للمشترى الاوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشترى الاخير درر وأفاد أنه لا يشترط الزام القاضى البائع بالثمن بل له الرجوع على بائعه بدونه وهو قول محمد المفتى به كما علمت ثم انما يثبت له الرجوع اذا لم يبرئه البائع عن الثمن قبل الاستحقاق فلو أبرأه البائع ثم استحق المبيع من يده لا يرجع على بائعه بالثمن لانه لا ثمن له على بائعه وكذلك بقية الباعة لا يرجع بعضهم على بعض ذخيرة اى لتعذر القضاء على الذى أبرأ مشتريه جامع الفصولين ثم نقل فيه أن فى رجوع بقية الباعة بعضهم على بعض خلافا بين المتأخرين وأما لو أبرأ المشترى البائع بعد الحكم له بالرجوع فيأتى قريبا انه لا يمنع (قوله ولا على الكفيل) اى الضامن بالدرك درر اى ضامن الثمن عند استحقاق المبيع (قوله مالم يقض على المكفول عنه) اعترض بأن المكفول عنه وهو البائع صار مقضيا عليه بالقضاء على المشترى الاخير لما علمت من أن الحكم بالاستحقاق حكم على ذى اليد وعلى من تلقى الملك منه وقبل القضاء لا مطالبة لاحد قلت هذا اشتباه فان المراد بالقضاء هنا القضاء على المكفول عنه بالثمن والقضاء السابق قضاء بالاستحقاق والمسألة ستأتى متنا فى الكفالة قبيل باب كفالة الرجلين ونصها ولا يؤخذ ضامن الدرك اذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن اه وهى فى الهداية والكنز وغيرهما وعلله فى الهداية هنالك

وعلى من تلقى) ذو اليد (الملك منه) ولو مورثه فيتعدى الى بقية الورثة أشباه (فلا تسمع دعوى الملك منهم) للحكم عليهم (بل دعوى النتاج ولا يرجع) أحد من المشترين (على بائعه مالم يرجع عليه ولا على الكفيل مالم يقض على المكفول عنه)

هناك بقوله لان بمجرّد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل ردّ الثمن فلا يجب على الكفيل اه فافهم لكن علمت مما قررناه أن العقد ينتقض بفسخ العاقدين وبالرجوع بالثمن على البائع بدون قضاء وأنه ليس المراد قصر الفسخ على واحد مما ذكر واذا انفسخ العقد بواحد منها وجب على الاصيل وهو البائع ردّ الثمن على المشترى فيجب على الكفيل أيضا ولو بدون قضاء ويؤيده قول محمد المفتى به المارّ آنفا (قوله لئلا يجتمع ثمنان الخ) علة لقوله ولا يرجع أحد الخ كما أفاده فى الدرر قال ط وهذا التعليل يظهر فى غير المشترى الاخير وغير البائع الاوّل فيظهر فى الباعة المتوسطين فان عند كل منهم ثمنا فلو رجع بالثمن قبل أن يرجع عليه اجتمع فى ملكه ثمنان اه (قوله لان بدل المستحق مملوك) أى ثمنه باق على ملك البائع وعبر عنه بالبدل ليشمل مالو كان قيميا وهذا بيان لوجه اجتماع الثمنين فى رجوع أحدهم قبل الرجوع عليه (قوله ولو صالح بشئ الخ) عبارة جامع الفصولين المشترى لو رجع على بائعه وصالح البائع على شئ قليل فلبائعه أن يرجع على بائعه بثمنه وكذا لو أبرأه المشترى عن ثمنه بعد الحكم له برجوع عليه فلبائعه أن يرجع على بائعه أيضا اذ المانع اجتماع البدل والمبدل فى ملك واحد ولم يوجد لزوال المبدل عن ملكه ولو حكم للمستحق وصالح المشترى ليأخذ المشترى بعض الثمن من المستحق ويدفع المبيع الى المستحق ليس له أن يرجع على بائعه بثمنه لانه بالصلح ابطل حق الرجوع اه قلت وماذكره فى الابراء انما هو فى ابراء المشترى البائع وأما لو أبرأ البائع المشترى عن الثمن قبل الاستحقاق فقدّمنا آنفا انه يمنع الرجوع ثم قال فى الفصولين فلو أثبته أى الاستحقاق وحكم له فدفع اليه شيأ وأمسك المبيع يصير هذا شراء للمبيع من المستحق فينبغى أن يثبت له الرجوع على بائعه اه (قوله فصالح المشترى) أى دفع المستحق الى المشترى بعض الثمن صلحا عن دعوى المشترى نتاجا عند بائعه أو نحوه مما يبطل الاستحقاق لم يرجع على بائعه بالثمن لان صلحه مع المستحق على بعض الثمن أسقط حقه فى الرجوع وهذا بخلاف العكس وهو ما اذا دفع المشترى الى المستحق شيأ وأمسك المبيع لانه صار مشتريا من المستحق فلا يبطل حق رجوعه كما علمت وهذه المسألة هى الآتية عن نظم المحبية ولا يخفى ظهور الفرق بينها وبين الاولى كما أفاده ط فافهم (قوله يوجب فسخ العقود) اى الجارية بين الباعة بلا حاجة فى انفساخ كل منها الى حكم القاضى درر (قوله ولكل واحد الخ) فلو أقام العبد بينة انه حرّ الاصل أو أنه كان عبدا لفلان فأعتقه او أقام رجل البينة انه عبده دبره فقضى بشئ من ذلك فلكل واحد أن يرجع على بائعه قبل القضاء عليه وكذا المشترى يرجع على الكفيل قبل الرجوع عليه هندية عن الحاوى (قوله وان لم يرجع عليه) بصيغة المجهول أى وان لم يحصل الرجوع عليه درر (قوله ويرجع هو أيضا) أى يرجع من له الرجوع على الكفيل بالدرك أيضا اى كما له الرجوع على بائعه وقوله كذلك يغنى عنه قول المصنف ولو قبل القضاء عليه أى قبل القضاء على المكفول عنه بالثمن (قوله والحكم بالحرّية الاصلية الخ) هذه الجملة فى موقع التعليل لما قبلها واحترز بالاصلية عن العارضة بعتق ونحوه لانها تأتى (قوله او بقوله انا حرّ) صورته ادّعى انه عبده فقال المدّعى عليه أنا حرّ الاصل ولم يسبق منه اقرار بالرق وعجز المدّعى عن البينة حكم القاضى بالحرّية الاصلية وكان حكمه بها حكما على العامة اه ح (قوله اذا لم يسبق منه اقرار بالرق) أى ولو حكما كسكوته عند البيع مع انقياده كما سيأتى وتسمع دعواه الحرّية بعد اعترافه بالرق اذا برهن كما سيأتى (قوله وكذا العتق وفروعه) عطف على قوله والحكم بالحرّية الاصلية أى اذا ادّعى انه كان عبد فلان فأعتقه أو ادّعى رجل انه عبده دبره أو أنها أمته استولدها وحكم بذلك فهو حكم على الكافة فلا تسمع دعوى أحد عليه بذلك ونقل الحموى عن بعضهم أن هذا بعد ثبوت ملك المعتق والا فقد يعتق الانسان مالا يملكه (قوله وأما الحكم بالعتق فى الملك المؤرّخ الخ) يعنى اذا قال زيد لبكر انك عبدى ملكتك منذ خمسة أعوام فقال بكر انى كنت عبد بشر ملكنى منذ ستة أعوام فأعتقنى وبرهن عليه اندفع دعوى زيد ثم اذا قال عمرو لبكر انك عبدى ملكتك منذ سبعة أعوام وانت ملكى الآن فبرهن عليه تقبل ويفسخ الحكم بحرّيته ويجعل ملكا لعمرو درر وكذا الحكم بالملك على المستحق منه حكم على الباعة من وقت التاريخ كما فى الخانية وفى المقدسى شراها منذ شهرين فأقام رجل بينة انها له منذ شهر يقضى بها له ولا يقضى على بائعه برهنت أمة فى يد مشتر أخير على انها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده رجع الكل الا من كان قبل فلان سائحانى (قوله

لئلا يجتمع ثمنان فى ملك واحد لان بدل المستحق مملوك ولو صالح بشئ قليل أو أبرأ عن ثمنه بعد الحكم له برجوع عليه فلبائعه أن يرجع على بائعه أيضا لزوال البدل عن ملكه ولو حكم للمستحق فصالح المشترى لم يرجع لانه بالصلح أبطل حق الرجوع وتمامه فى جامع الفصولين (والمبطل يوجبه) أى يوجب فسخ العقود اتفاقا (ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه ويرجع) هو أيضا كذلك (على الكفيل ولو قبل القضاء عليه) لعدم اجتماع الثمنين اذ بدل الحرّ لا يملك (والحكم بالحرّية الاصلية حكم على الكافة) من الناس سواء كان ببينة أو بقوله أنا حرّ اذا لم يسبق منه اقرار بالرق اشباه (فلا تسمع دعوى الملك من أحد وكذا العتق وفروعه) بمنزلة حرّية الاصل (وأما) الحكم بالعتق (فى الملك المؤرّخ ف) على الكافة (من) وقت (التاريخ) و (لا) يكون قضاء (قبله) كما بسطه منلا خسرو ويعقوب باشا فاحفظه فان اكثر الكتب عنه خالية

قيل كالحرية) أفتى به المولى أبو السعود وجزم به فى المحبية ورجحه المصنف فى كتاب الوقف كما قدمه الشارح اوّل الوقف (قوله وهو المختار) فى الفواكه البدرية لابن الفرس وهو الصحيح اه واقتصر عليه فى الخانية فى باب ما يبطل دعوى المدّعى واستدل له فكان مختاره (قوله وصححه العمادى) نقل الرملى عن المصنف عبارة الفصول العمادية وليس فيها تصحيح أصلا بل مجرد حكاية الاوّل عن الحلوانى والسغدى والثانى عن أبى الليث والصدر الشهيد اه وفى جامع الفصولين القضاء بالوقفية قيل يكون على الناس كافة وقيل لا (قوله القضاء يتعدى الخ) فاذا قضى بواحدة منها لا تسمع دعوى آخر وأراد بالحرية ما يشمل العارضة كالعتق ويجرى فى النكاح ما جرى فى الملك المؤرّخ فتسمع دعوى غيره على نكاحها قبل التاريخ لا بعده كما استنبطه والد محشى مسكين من كلام الدرر المار قال الحموى ويزاد على الاربع ما فى معين الحكام لو أحضر رجلا وادّعى عليه حقا لموكله وأقام البينة على انه وكله فى استيفاء حقوقه والخصومة فى ذلك قبلت ويقضى بالوكالة ويكون قضاء على كافة الناس لانه ادّعى عليه حقا بسبب الوكالة فكان اثبات السبب عليه اثباتا على الكافة حتى لو أحضر آخر وادّعى عليه حقا لا يكلف اعادة البينة على الوكالة اه (قوله ويثبت رجوع المشترى على بائعه بالثمن الخ) أشار الى أنّ الاستحقاق لا بدّ أن يرد على ما كان ملك البائع ليرجع عليه ففى الجامع الكبير لو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ثم استحق بالبينة لا يرجع المشترى على البائع بالثمن لانّ الاستحقاق ماورد على ملكه لانه لو كان ملكه فى الاصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصبه فقطعه وخاطه ملكه فالاصل أنّ الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد عليه بعد ما صار الى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع لانه متيقن الكذب وعرف أنّ المعنى أن يستحقه باسم القميص فلو برهن انه كان له قبل هذه الصفة رجع المشترى بالثمن وعلى هذا لو اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت لى قبل الطحن يرجع وكذا لو شرى لحما فشواه اه فتح ملخصا وأطلق المصنف الرجوع فشمل ما اذا كان الشراء فاسدا كما فى جامع الفصولين وما اذا كان عالما بكونه ملك المستحق كما سيذكره المصنف وما لو أبرأ البائع المشترى عن ثمنه فللبائع الرجوع على بائعه لو الابراء بعد الحكم لا قبله كما مرّ وما لو مات بائعه ولا وارث له فالقاضى ينصب عنه وصيا ليرجع المشترى عليه وما اذا زعم بائعه انه نتج فى ملكه وعجز عن اثباته وأخذ منه الثمن فله الرجوع على بائعه لانه لما حكم عليه التحق دعواه بالعدم وكذا لو زعم انه ليس له الرجوع لانكاره البيع لانه لما حكم عليه ببينة التحق زعمه بالعدم وما لو ألزم القاضى البائع بدفع الثمن اوّلا كما مرّ وما لو أحال البائع رجلا بالثمن على المشترى وأدّى اليه ثم استحقت الدار فانه يرجع على البائع لا على المحال وان لم يظفر بالبائع وما اذا كان البائع وكيلا فللمشترى مطالبته بالثمن من ماله ولا ينتظر ان كان دفع الثمن اليه وان كان دفعه للموكل ينتظر أخذه من الموكل وما اذا قال البائع للمشترى قد علمت أنّ الشهود شهدوا بزور وأنّ المبيع لى فصدّقه المشترى فانه يرجع عليه بالثمن لانه لم يسلم له المبيع فلا يحلّ للبائع أخذ الثمن وقد استحق المبيع اه ملخصا كل ذلك من الذخيرة (تنبيه) اذا ادّعى المشترى استحقاق المبيع على بائعه ليرجع بثمنه فلا بدّ أن يفسر الاستحقاق ويبين سببه فلو بينه وانكر البائع البيع فاثبته المشترى رجع بثمنه وقيل يشترط حضرة المبيع لسماع البينة وقيل لا وبه أفتى ظهير الدين المرغينانى فلو ذكر شية العبد وصفته وقدر ثمنه كفى جامع الفصولين وفيه أنّ للمستحق عليه تحليف المستحق بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدّق به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه وتمامه فيه (فرع) استأجر حمارا فادّعاه رجل ولم يصدّقه أنه مستأجر واستحقه عليه لا يرجع الآجر على بائعه لانّ هذا الاستحقاق ظلم لانه لم يقع على خصم ذخيرة (قوله اذا كان الاستحقاق بالبينة) فلو أخذ المستحق العين من المشترى بلا حكم فهلك فالوجه فى رجوع المشترى على بائعه أن يدّعى على المستحق انك قبضته منى بلا حكم وكان ملكى وقد هلك فى يدك فأدّ الىّ قيمته فيبرهن أنه له فيرجع المشترى على بائعه بثمنه جامع الفصولين ومفهومه أنه لو لم يهلك فللمشترى منه استرداده حتى يبرهن فيرجع المشترى على بائعه ان لم يقرّ المشترى اوّلا بأنه للمستحق وفى الفصولين أيضا أخذه بلا حكم فقال المشترى لبائعه أخذه المستحق منى بلا حكم فأدّ ثمنه الىّ فأدّاه ثم برهن على المستحق انه له فى غيبة المشترى صح لانفساخ البيع بينه وبين المشترى بتراضيهما فبقى على ملك البائع ولم يصح الاستحقاق اه واحترز بقوله بلا حكم عما اذا كان بحكم ولم يرجع المشترى على بائعه بالثمن فانه لا يصح مع غيبة المشترى لعدم

انفساخ

(و) اختلفوا فى (القضاء بالوقف قيل كالحرية وقيل لا) فتسمع فيه دعوى ملك آخر أو وقف آخر (وهو المختار) وصححه العمادى وفى الاشباه القضاء يتعدّى فى اربع حرية ونسب ونكاح وولاء وفى الوقف يقتصر على الاصح (ويثبت رجوع المشترى على بائعه بالثمن اذا كان الاستحقاق بالبينة) لما سيجىء انها حجة متعدية

قوله لانه لو كان ملكه الخ هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه واو قبل لو والاصل لانه ولو كان الخ فتأمل اه مصححه

انفساخ البيع بالاستحقاق رملى **(قوله باقرار المشترى)** ولو عدّل المشترى شهود المستحق قال ابو يوسف اسأل عنهما فان عدّلا رجع بالثمن والا فلا لانه كاقرار ذخيرة **(قوله اوبنكوله)** كأن طلب المستحق تحليفه على انك لا تعلم أن المبيع ملكى **(قوله فلا رجوع)** فلو برهن المشترى أن الدار ملك المستحق ليرجع بثمنه على بائعه لا يقبل للتناقض لانه لما أقدم على الشراء فقد أقرّ أنه ملك البائع فاذا ادّعى لغيره كان تناقضا يمنع دعوى الملك ولانه اثبات ماهو ثابت باقراره فلغا أما لو برهن على اقرار البائع انه للمستحق يقبل لعدم التناقض وأنه اثبات ماليس بثابت ولو لا بينة له فله تحليف البائع بالله ماهو للمدّعى لانه لو أقرّ لزمه جامع الفصولين نعم لو أقرّ به للمستحق ثم برهن على أن الامة حرّة الاصل وهى تدّعى أو أنها ملك فلان وهو اعتقها او دبرها أو استولدها قبل الشراء تقبل ويرجع بالثمن لانّ التناقض فى دعوى الحرّية وفروعها لا يضرّ فتح قال فى النهر وظاهر أنّ قوله وهى تدّعى اتفاقىّ **(قوله كما هو ظاهر كلام الزيلعىّ)** حيث قال لانّ البينة لا تصير حجة الا بقضاء القاضى وللقاضى ولاية عامّة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء وللمقرّ ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه اه قال ط وحمله الرملىّ فى حاشية المنهج على بعض القضايا أو يراد بالكافة كل من يتعدّى اليه حكم القاضى فى تلك القضية لا كافة الناس اه وحينئذ فلا حاجة للاستدراك اه **(قوله ونحوه)** من فروعه وكولاء ونكاح ونسب ط **(قوله فان ثبت الحق بهما)** الظاهر أنه احتراز عما لو سبق الحكم بالبينة عقب الانكار ثم أقرّ بخلاف العكس لانه بعد الحكم للمستحق باقرار المشترى لا يصح الحكم بعده بالبينة بخلاف ما اذا كان قبل الحكم بشئ منهما بأن برهن ثم أقرّ المشترى أو بالعكس فانه يجعل الحكم قضاء بالبينة عند الحاجة الى الرجوع كما هنا وان أمكن جعله قضاء بالاقرار فافهم وعلى هذا حمل فى الفتح ما فى فتاوى رشيد الدين من انه لو أقرّ ومع ذلك برهن المستحق وأثبت عليه بالبينة رجع لانّ القضاء وقع بالبينة لا بالاستحقاق ثم ذكر رشيد الدين فى كتاب الدعوى لو ادّعى عينا وبرهن وقبل أن يقضى له أقرّ له المدّعى عليه اختلفوا فقيل يقضى بالاقرار وقيل بالبينة والاول اظهر وأقرب للصواب اه قال فى الفتح وهذا يناقض ما قبله الا أن يخص ذلك بعارض الحاجة الى الرجوع فيتحصل انه اذا ثبت الحق بهما يقضى بالاقرار على ما جعله الاظهر وان سبقته اقامة البينة مع تمكن القاضى من اعتباره قضاء بالبينة وعند تحقق حاجة الخصم اليه ينبغى اعتباره قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع اه ملخصا قلت ويؤيد هذا التوفيق انه فى جامع الفصولين نقل عبارة رشيد الدين الاولى معللة بالحاجة وذكر فى نور العين أن هذا أظهر وحقق ذلك فراجعه والظاهر أنّ مثل ما هنا ما لو باع شيأ كان اشتراه ثم ردّ عليه بعيب قديم وأقرّ به وبرهن عليه المشترى وقضى بذلك يجعل قضاء بالبينة لحاجته الى الرجوع على بائعه بخيار العيب **(قوله فبالبينة اولى)** اى فاعتبار القضاء بالبينة اولى **(قوله فلو استحقت مبيعة ولدت)** يشمل الدابة اذا ولدت عند المشترى أولادا كما فى نور العين عن جامع الفتاوى **(قوله لا باستيلاده)** قيد به لمكان قوله يتبعها ولدها والا فاستيلاد المشترى لا يمنع استحقاق الولد بالبينة لكنه لا يتبعها بل يكون ولد المشترى حرّا بالقيمة كما نبه عليه بعده **(قوله يتبعها ولدها)** وكذا أرشها فتح قال ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل اه اى التفصيل بين كون الاستحقاق بالبينة أو بالاقرار وبين دعوى المقرّ له الزوائد وعدمها وسيذكر الشارح الزوائد آخرا **(قوله بشرط القضاء به)** لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بدّ من الحكم به وهو الاصح فى المذهب فتح قال فى الهداية واليه تشير المسائل فانّ القاضى اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد فى الحكم وكذا الولد اذا كان فى يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالامّ تبعا اه والظاهر أن الارش لا يدخل تبعا **(قوله فى الاصح)** مقابله ما قيل انه اذا قضى القاضى بالامّ يصير مقضيا به أيضا تبعا كما فى الفتح **(قوله وكلام البزازىّ يفيد تقييده)** اى تقييد القضاء بالولد للمستحق وأخذ ذلك فى النهر من قول البزازىّ شهدوا على رجل فى يده جارية انها لهذا المدّعى ثم غابا أو ماتا ولها ولد فى يد المدّعى عليه يدّعى انه له وبرهن على ذلك لا يلتفت الحاكم الى برهانه ويقضى بالولد للمدّعى فان حضر الشهود وقالوا الولد للمدّعى عليه ضمن الشهود قيمة الولد كأنهم رجعوا فان كانوا حضورا وسألهم عن الولد فان قالوا انه للمدّعى عليه أو لا ندرى لمن الولد يقضى بالامّ للمدّعى دون الولد اه **(قوله بما اذا سكت الشهود)** اى عن كونه لذى اليد وكذا بالاولى اذا قالوا انه للمستحق **(قوله ثم استيلاده)** اى استيلاد المشترى **(قوله فيكون ولد المغرور)** الاولى أن يقول ولكن يكون الخ لانّ قوله

قوله وهى تدّعى أو أنها الخ هكذا بخطه ولعل الصواب اسقاط كلمة او كما لا يخفى اه مصححه

(أما اذا كان) الاستحقاق (باقرار المشترى او بنكوله أو باقرار وكيل المشترى بالخصومة أو بنكوله فلا) رجوع لانه حجة قاصرة (و) الاصل أن (البينة حجة متعدّية) تظهر فى حق كافة الناس لكن لا فى كل شئ كما هو ظاهر كلام الزيلعىّ والعينىّ بل فى عتق ونحوه كما سيذكره المصنف (لا الاقرار) بل هو حجة قاصرة على المقرّ لعدم ولايته على غيره بقى لو اجتمعا فان ثبت الحق بهما قضى بالاقرار الا عند الحاجة فبالبينة اولى فتح ونهر (فلو استحقت مبيعة ولدت) عند المشترى لا باستيلاده (ببينة يتبعها ولدها بشرط القضاء به) اى بالولد فى الاصح زيلعىّ وكلام البزازىّ يفيد تقييده بما اذا سكت الشهود فلو بيّنا أنه لذى اليد أو قالوا لا ندرى لا يقضى به نهر ثم استيلاده لا يمنع استحقاق الولد بالبينة فيكون ولد المغرور حرّا

مطلب في ولد المغرور

لا يمنع الخ يتوهم منه انه يتبعها كما اذا كان لا باستيلاده فمناسبه الاستدراك بأنه يكون ولد المغرور أي يكون لذى اليد حرا لان وطاه كان فى الملك ظاهرا وعليه للمستحق القيمة اى يوم الخصومة كما سيذكره فى باب دعوى النسب قال فى جامع الفصولين ولو أولدها على هبة أو صدقة أو شراء او وصية أخذ المستحق الامة وقيمة الولد اذ الموجب للغرور ملك مطلق الاستباحة فى الظاهر وقد وجد ويرجع الاب على البائع بثمنها وبقيمة ولدها لا بالعقر عندنا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصى بقيمة الولد عندنا ولو باعها المشترى الاول فأولدها الثانى فاستحقت يرجع المشترى الثانى على الاول بالثمن وبقيمة الولد ولا يرجع الاول على بائعه الا بالثمن عنده وعندهما يرجع بقيمة الولد أيضا ونظيره أن المشترى الثانى لو وجد عيبا وقد تعذر رده لعيب حدث فيرجع على بائعه بنقص العيب وبائعه لا يرجع به على بائعه عنده خلافا لهما (تنبيه) انما لم يرجع المشترى بالعقر لانه بدل منفعة استوفاها لنفسه وجزاء على فعله ومثله ما لو نقصت الارض المستحقة بالزراعة وضمن نقصانها لا يرجع به على بائعه وبه ظهر جواب حادثة الفتوى فيمن اشترى دارا فظهرت وقفا وضمنه ناظر الوقف اجرتها فأجبت بأنه لا يرجع بالاجرة على البائع خلافا لما افتى به بعض علماء مصر القاهرة فى زماننا مستدلا بقولهم الغرور فى ضمن عقد المعاوضة يوجب الرجوع ولا يخفى انه غير صحيح لانه انما يرجع بما يمكن تسليمه كما يأتى بيانه وبما ليس جزاء افعله كما علمت (قوله بالقيمة لمستحقه) اى مضمونا بها للمستحق والمراد القيمة يوم الخصومة كما ذكره فى باب دعوى النسب (قوله كما مر) صوابه كما يأتى (قوله والفرق مامر) قال فى الهداية ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له أما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك فى المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد حصلت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له (قوله يتبعها) لان الظاهر أنه له زيلعى عن النهاية ومقتضى الفرق المذكور انه لا يكون له كما فى الفتح (قوله وكذا) اى كالولد فى التفصيل المذكور كما مر (قوله نعم لا ضمان بهلاكها) اى هلاك الزوائد ومنه موت الولد واحترز عن استهلاكها فتضمن به (قوله ومنع التناقض دعوى الملك) هذا اذا كان الكلام الاول قد أثبت لشخص معين حقا والالم يمنع كقوله لا حق لى على أحد من اهل سمرقند ثم ادعى شيأ على أحد منهم تصح دعواه كما فى المؤيدية عن صدر الشريعة اه وكذا اذا كان كل من الكلامين عند القاضى واكتفى بعضهم فى تحققه كون الثانى عند القاضى واختار فى النهر الاول لان من شرائط الدعوى كونها لديه واختار فى البحر من متفرقات القضاء الثانى قال فى المنح ولعل وجهه انه الذى يتحقق به التناقض اه وقال المقدسى يكاد أن يكون الخلاف لفظيا لان الكلام الاول لا بد أن يثبت عند القاضى ليترتب على ما عنده حصول التناقض والثابت بالبيان كالثابت بالعيان فكأنهما فى مجلس القاضى فالذى شرط كونهما فى مجلسه يعم الحقيقى والحكمى فى السابق واللاحق اه قلت ويشهد له مسائل كثيرة فى دعوى الدفع وسيأتى تمام الكلام عليه فى متفرقات القضاء ان شاء الله تعالى ثم اعلم أن التناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم أيضا وهو معنى قولهم المقر اذا صار مكذبا شرعا بطل اقراره بحر عن البزازية وقدمنا قبل نحو ورقة مسائل فى ارتفاعه بتكذيب الحاكم ثم ذكر فى البحر بعد ورقتين ارتفاعه بثالث حيث قال اذا قال تركت أحد الكلامين فانه يقبل منه لما فى البزازية عن الذخيرة ادعاه مطلقا فدفعه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعى أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل اه اى لكون المطلق ازيد من المقيد وهو مانع لصحة الدعوى ولذا لو ادعى المطلق اولا تسمع كما فى البزازية لكونه بدعوى المقيد ثانيا يدعى أقل لكن مانقله فى البحر عن البزازية لا يدل على كون ذلك قاعدة فى ابطال التناقض والالزم أن لا يضر تناقض اصلا لتمكن المناقض من قوله تركت الكلام الاول فاذا أقر أنه ليس له ثم قال هو لى وتركت الاول تسمع ولا قائل به أصلا والظاهر أن مانقله عن البزازية وجهه كونه توفيقا بين الكلامين بأن مراد المدعى الاول الذى ادعاه أولا بدليل ما فى البزازية أيضا ادعى عليه ملكا مطلقا ثم ادعى عليه عند ذلك الحاكم بسبب يقبل بخلاف العكس الا أن يقول العاكس أردت بالمطلق الثانى المقيد الاول لكون المطلق ازيد من المقيد وعليه الفتوى اه فافهم (قوله طلب نكاح الامة يمنع دعوى تملكها) تمة عبارة الصغرى وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها اه وكان الاولى ذكره لانه مثال منع دعوى الملك فى المنفعة (قوله وكما يمنعها لنفسه يمنعها لغيره الخ) كما اذا ادعى انه لفلان وكله بالخصومة ثم ادعى انه لفلان آخر وكله بالخصومة

لا تقبل

مطلب لا يرجع على بائعه بالعقر ولا بأجرة الدار التى ظهرت وقفا

بالقيمة لمستحقه كما مر فى باب دعوى النسب (وان أقر) ذو اليد (بها) لرجل (لا) يتبعها فيأخذها وحدها والفرق مامر من الاصل وهذا اذا لم يدعه المقر له فلو ادعاه يتبعها وكذا سائر الزوائد نعم لا ضمان بهلاكها كزوائد المغصوب ولم يذكر النكول لانه فى حكم الاقرار قهستانى معزيا للعمادية (ومنع التناقض) اى التدافع فى الكلام (دعوى الملك) ٢ لعين او منفعة لما فى الصغرى طلب نكاح الامة يمنع دعوى تملكها ٣ وكما يمنعها لنفسه يمنعها لغيره الا اذا وفق

٢ مطلب فى مسائل التناقض

٣ قوله واكتفى بعضهم فى تحققه كون الثانى الخ هكذا بخطه ولعل صوابه بكون الثانى الخ تأمل اه مصححه

وهل يكفي امكان التوفيق خلاف سنحققه في متفرقات القضاء وفروع هذا الاصل كثيرة ستجيء في الدعوى ومنها ادّعى على آخر أنه اخوه وادّعى عليه النفقة فقال المدّعى عليه ليس هو باخي ثم مات المدّعى عن تركة فجاء المدّعى عليه يطلب ميراثه ان قال هو أخي لم يقبل للتناقض وان قال أبي اوابني قبل والاصل أن التناقض (لا) يمنع دعوى ما يخفى سببه كـ(النسب والطلاق و) كذا (الحرية

لاتقبل الا اذا وفق وقال كان لفلان الاول وقد وكلني بالخصومة ثم باعه من الثاني ووكلني أيضا والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس وجاء بعد فوت مدة وبرهن على ذلك على مانص عليه الحصيري في الجامع دل على أن الامكان لايكفي نهر عن البزازية (قوله سنحققه الخ) حاصل ماذكره هناك حكاية الخلاف قلت وذكر في البحر هناك أن الاكتفاء بامكان التوفيق هو القياس والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط وذكر محشيه الرملي عن منية المفتي أن جواب الاستحسان هو الاصح اهـ وفي جامع الفصولين بعد حكاية الخلاف والاصوب عندي أن التناقض اذا كان ظاهر السلب والايجاب والتوفيق خفيا لايكفي امكان التوفيق والا ينبغي أن يكفي الامكان يؤيده مافي ح انه لو أقر له أنه له فمكث قدر مايمكنه الشراء منه ثم برهن على الشراء منه بلا تاريخ قبل لامكان التوفيق بأن يشتريه بعد اقراره ولان البينة على العقد المبهم تفيد الملك للحال ولذا لاتعتبر الزوائد اهـ وأقره في نور العين (قوله وفروع هذا الاصل كثيرة) منها ادّعى عليه ألفا دينا فانكر ثم ادّعاها من جهة الشركة لاتسمع وبالعكس تسمع لامكان التوفيق لان مال الشركة يجوز كونه دينا بالجحود ادّعى الشراء من أبيه ثم برهن على انه ورثها منه يقبل لامكان انه جحده الشراء ثم ورثه منه وبالعكس لا ادّعى أولا الوقف ثم لنفسه لاتسمع كما لو ادّعاها لغيره ثم لنفسه وبالعكس تسمع لصحة الاضافة بالاخصية انتفاعا ادّعاه بشراء أو ارث ثم ادّعاه مطلقا لاتسمع بخلاف العكس كما مرّ بحر ملخصا (قوله وان قال أبي أو ابني) مفاده أن قول ذلك بعد قول المدّعي الاول هو أخي وليس كذلك لان المراد أن مدّعي النفقة لو قال هو أبي أو ابني وكذبه ثم بعد موته صدّقه المدّعى عليه وادّعى الارث يقبل والفرق أن ادّعاء الولاد مجرّدا يقبل لعدم حمل النسب على الغير بخلاف دعوى الاخوّة أفاده ح ويمكن ارجاع ضمير قال هنا وفي المعطوف عليه الى مدّعي النفقة ويكون المراد أن مدّعي الارث وافقه على دعواه فافهم (قوله والاصل الخ) أشار بهذا وبالكاف الى أنه ليس المراد حصر مايعفى فيه التناقض بما ذكره المصنف بل كل مافي سببه خفاء فمنه اشترى أو استأجر دارا من رجل ثم ادّعى أن أباه كان اشتراها له في صغره أو أنه ورثها منه وبرهن قبل ادّعى شراء من أبيه ثم برهن على انه ورثها منه يقبل وبالعكس لا ادّعى عينا له وعليه قيمتها ثم ادّعى انها قائمة في يده وعليه احضارها أو بالعكس يقبل اشترى ثوبا في منديل ثم زعم انه له وأنه لم يعرفه يقبل اقتسما التركة ثم ادّعى أحدهما أن أباه كان جعل له منها الشيء الفلاني ان قال كان في صغري يقبل وان مطلقا لا وتمامه في البحر (قوله كالنسب) كما لو باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادّعى البائع الاول انه ابنه يقبل ويبطل الشراء الاول والثاني لان النسب ينبني على العلوق فيخفى عليه فيعذر في التناقض عيني وفي جامع الفصولين قال أنا لست وارث فلان ثم ادّعى ارثه وبين الجهة يصح اذ التناقض في النسب لايمنع صحة دعواه ولو قال ليس هذا الولد مني ثم قال هو مني يصح وبالعكس لا لكون النسب لاينتفي بنفيه وهذا اذا صدّقه الابن والا فلا يثبت النسب لانه اقرار على الغير بأنه جزئي لكن اذا لم يصدّقه الابن ثم صدّقه تثبت البنوّة لان اقرار الاب لم يبطل بعدم التصديق ولو أنكر الاب اقراره فبرهن الابن عليه يقبل والاقرار بأنه ابني يقبل لانه اقرار على نفسه بانه جزؤه أما الاقرار بأنه أخوه فلا لانه اقرار على الغير ولو ادّعى أن أبي فلان وصدّقه ثبت نسبه فاذا ادّعى انه ابن فلان آخر لايسمع لان فيه ابطال حق الاول وكذا لو لم يصدّقه الاول لانه اثبت له حق التصديق فلو صححنا اقراره الثاني يفضي الى ابطال حق التصديق للاول وصار كمن ادّعى انه مولى فلان ولم يصدّقه ثم ادّعى انه مولى فلان آخر لم يجز اهـ وتمامه فيه (قوله والطلاق) حتى لو برهنت على الثلاث بعدما اختلعت قبل برهانها واستردّت بدل الخلع لاستقلال الزوج بذلك بدون علمها وكذا لو قاسمت المرأة ورثة زوجها وقد أقرّوا بالزوجية كبارا ثم برهنوا على أن زوجها كان طلقها في صحته ثلاثا رجعوا عليها بما أخذت نهر وفي البحر عن البزازية ادّعت الطلاق فانكر ثم مات لاتملك مطالبة الميراث اهـ تأمل (قوله وكذا الحرية) اي ولو عارضة وفصله عماقبله بكذا اشارة الى أن التفريع بعده عليه فقط ومن فروع ذلك لو برهن البائع أو المشتري أن البائع حرّره قبل بيعه يقبل اذ التناقض متحمل في العتق قال في جامع الفصولين بعد نقله أقول التناقض انما يتحمل بناء على الخفاء وذا يتحقق في المشتري لا البائع لانه يستبد بالعتق فالاولى أن يحمل هذا على قولهما اذ الدعوى غير شرط عندهما في عتق العبد فتقبل بينة البائع حسبة وان لم تصح الدعوى للتناقض اهـ ومنها لو أدّى المكاتب بدل الكتابة ثم ادّعى تقدّم اعتاقه قبلها يقبل بزازية وفي المبسوط أقرّت له بالرق فباعها ثم برهنت على

فلو قال عبد لمشتر اشترنی فأنا عبد) لزید (فاشتراه) معتمدا علی مقالته (فاذا هو حر) ای ظهر حرا (فان کان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة) يعرف مكانه (فلا شئ علی العبد) لوجود القابض (والا رجع المشتری علی العبد) بالثمن خلافا للثانی ولو قال اشترنی فقط أو أنا عبد فقط لا رجوع عليه اتفاقا درر (و) رجع (العبد علی البائع) اذا ظفر به (بخلاف الرهن) بأن قال ارتهنی فانی عبد لم يضمن اصلا والاصل أن التغرير يوجب الضمان فی ضمن عقد المعاوضة لا الوثيقة (باع عقارا ثم برهن انه وقف محكوم بلزومه قبل والا لا) لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق فتح واعتمده المصنف تبعا للبحر علی خلاف ما صوبه الزيلعی وتقدم فی الوقف وسيجیء آخر الكتاب (اشتری شيأ ولم يقبضه حتی ادعاه آخر) أنه له (لا تسمع دعواه بدون حضور البائع والمشتری) للقضاء عليهما ولو قضی له بحضرتهما ثم برهن أحدهما علی أن المستحق باعه من البائع ثم هو باعه من المشتری قبل ولزم البيع وتمامه فی الفتح (لا عبرة بتاريخ الغيبة)

مطلب فيما لو باع عقارا وبرهن انه وقف

عتق من البائع أو علی انها حرة الاصل يقبل استحسانا ولو باع عبدا وقبضه المشتری وذهب به الی منزله والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه فهو اقرار منه بالرق فلا يصدق فی دعوی الحرية بعده لسعيه فی نقض ما تم من جهته الا أن يبرهن فيقبل وكذا لو رهنه أو دفعه بجناية كان اقرارا بالرق لا لو آجره ثم قال أنا حر فالقول له لان الاجارة تصرف فی منافعه لا فی عينه وتمامه فی البحر (قوله فلو قال عبد) ای انسان وسماه عبدا باعتبار ظاهر الحال الآن والا فالفرض انه حر وقوله لمشتر أی لمريد الشراء (قوله اشترنی فأنا عبد) لا بد فی كون المشتری مغرورا يرجع بالثمن من هذين القيدين اعنی الامر بالشراء والاقرار بكونه عبدا كما فی الفتح وغيره وما فی العناية من الاكتفاء بسكوت العبد عند البيع فی رجوع المشتری عليه فهو مخالف لما فی سائر الكتب وان غلط فيه بعض من تصدر للافتاء بدار السلطنة العلية وأفتی بخلافه كما أفاده الانقروی فی منهوات فتاويه وأفاد بقوله اشترنی انه لو قال له اجنبی اشتره فانه حر فلا رجوع بحال كما فی جامع الفصولين وغيره (قوله لزيد) كذا فی النهر قال السائحانی والظاهر انه ليس بشرط لان الغرور فی ضمن المعاوضة ليس كفالة صريحة حتی يشترط معرفة المكفول له وعنه ومما اغتفروا أيضا هنا رجوع العبد علی سيده بما أدی مع انه لم يأمره بهذا الضمان الواقع منه ضمن قوله اشترنی فأنا عبد اه (قوله معتمدا علی مقالته) احترز به عما اذا كان عالما بكونه حرا لانه لا تغرير مع العلم كما لا يخفی ولذا لو استولدها عالما بأن البائع غصبها فاستحقت لا يرجع بقيمة الولد وهو رقيق كما يذكره الشارح فافهم (قوله ای ظهر حرا) ببينة أقامها لانه وان كان دعوی العبد شرطا عند أبی حنيفة فی الحرية الاصلية وكذا فی العارضة بعتق ونحوه فی الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحتها كما أفاده تفريع المسألة وتمامه فی الفتح (قوله يعرف مكانه) ظاهر اطلاقهم ولو بعد بحيث لا يوصل اليه عادة كاقصی الهند نهر فافهم (قوله لوجود القابض) ای البائع والاولی قول الفتح للتمكن من الرجوع علی القابض (قوله والا) ای بأن لم يعلم مكانه ومثله ما اذا مات ولم يترك شيأ فلو كان له تركة يعلم مكانها يرجع فيها فيما يظهر لان ذلك دين عليه كما يأتی والدين لا يبطل بالموت فافهم (قوله رجع المشتری علی العبد بالثمن) لانه يجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه علی البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن أن يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه هداية (قوله خلافا للثانی) ای فی رواية عنه (قوله لا رجوع عليه اتفاقا) لان الحر يشتری تخلصا كالاسير وقد لا يجوز شراء العبد كالمكاتب زيلعی (قوله ورجع العبد علی البائع) انما يرجع عليه مع انه لم يأمره بالضمان عنه لانه ادی دينه وهو مضطر فی أدائه فتح فهو كمعير الرهن اذا قضی الدين لتخليص الرهن يرجع علی المديون لانه مضطر فی ادائه (قوله لم يضمن اصلا) ای سواء كان البائع حاضرا أو غائبا قال فی الهداية لان الرهن ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتی يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبی ای لو قال اشتره فانه حر لانه لا يعبأ بقوله فيه فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولی بايعوا عبدی هذا فانی قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته اه (قوله والاصل الخ) مر هذا الاصل مبسوطا آخر باب المرابحة والتولية (قوله لان مجرد الوقف لا يزيل الملك) ای عند الامام والفتوی علی لزومه بدون الحكم بلزومه (قوله علی خلاف ما صوبه الزيلعی) حيث قال وان أقام البينة علی ذلك قيل تقبل وقيل لا تقبل وهو أصوب وأحوط اه (قوله وتقدم فی الوقف) قدمنا هناك أن الاصح سماع البينة دون الدعوی المجردة بلا تفصيل لان الوقف حق الله تعالی فتسمع فيه البينة وتمام تحقيق المسألة هناك فراجعه (قوله للقضاء عليهما) لان الملك للمشتری واليد للبائع والمدعی يدعيها فشرط القضاء عليهما حضورهما فتح بقی لو قال المستحق لا بينة لی وأستحلفهما فحلف البائع ونكل المشتری فانه يؤاخذ بالثمن فاذا أداه أخذ العبد وسلمه الی المدعی وان حلف المشتری ونكل البائع لزم البائع كل قيمة العبد الا أن يجيز المستحق البيع ويرضی بالثمن بزازية وجامع الفصولين (قوله ثم هو) ای البائع (قوله ولزم البيع) لانه يتقرر القضاء الاول ولا ينقضه فتح لان القضاء بأن المستحق باعه يقرر القضاء بأنه ملك المستحق (قوله وتمامه فی الفتح) حيث قال ولو فسخ القاضی البيع بطلب المشتری ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقی له ولا يعود البيع المنتقض اه فأفاد أن قوله ولزم البيع مقيد بما اذا لم يفسخ القاضی البيع (قوله لا عبرة بتاريخ الغيبة الخ) اعلم أن الخارج مع ذی اليد لو ادعيا ملكا

مطلب لا عبرة بتاريخ الغيبة

مطلقا فالخارج اولى الا اذا برهن ذو اليد على النتاج او أرّخا الملك وتاريخ ذي اليد أسبق فهو أولى ولو أرّخ أحدهما فقط يقضى للخارج عندهما وعند أبي يوسف وهو رواية عن الامام يحكم للمؤرّخ خارجا أو ذا يد كما في جامع الفصولين من الفصل الثامن وأفاد المصنف أن تاريخ الغيبة غير معتبر لان قول الخارج ان هذا الحمار غاب عني منذ سنة ليس فيه تاريخ ملك فاذا قال ذو اليد انه ملكي منذ سنتين مثلا وبرهن لا يحكم له لانه وجد تاريخ الملك من أحدهما فقط وهو غير معتبر فيقضى به للخارج عندهما كما علمت ومثله لو برهن الخارج انه له منذ سنتين وذو اليد أنه بيده منذ ثلاث سنين فهو للخارج لان ذا اليد لم يبرهن على الملك كما في جامع الفصولين (قوله بل العبرة لتاريخ الملك) اى التاريخ الموجود من الطرفين كما علمت والا فتاريخ الملك هنا وجد من المدعى عليه لكنه لم يوجد من المدعى بل وجد منه تاريخ الغيبة فقط (قوله فقبل) ظرف متعلق بأخبر (قوله أخبر المستحق عليه) اى الذى ادّعى عليه بالاستحقاق وهو المشترى وهو مرفوع على انه فاعل اخبر والبائع مفعوله (قوله بل يقضى بها للمستحق) لانه ما ذكر تاريخ الملك بل تاريخ الغيبة فبقى دعواه الملك بلا تاريخ والبائع ذكر تاريخ الملك ودعواه دعوى المشترى لان المشترى تلقى الملك منه فصار كان المشترى ادعى ملك بائعه بتاريخ سنتين الا أن التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد فسقط اعتبار ذكره وبقيت الدعوى فى الملك المطلق فيقضى بالدابة درر اى يقضى بها للمستحق قال في جامع الفصولين من الفصل السادس عشر بعد ذكره ما مرّ أقول ويقضى بها للمؤرّخ عند أبي يوسف لانه يرجح المؤرّخ حالة الانفراد وينبغي الافتاء به لانه أرفق وأظهر والله تعالى اعلم اهـ (قوله لانعدام الغرور) لعلمه بحقيقة الحال درر ومثله ما لو تزوج من اخبرته بانها حرة عالما بكذبها فأولدها فالولد رقيق كما في جامع الفصولين (قوله ويرجع بالثمن) اى على بائعه وكان الاولى ذكر الرجوع بالثمن أولا لكونه المقصود من التفريع على كلام المتن ثم يقول ولكن يكون الولد رقيقا أفاده السائحاني (قوله وان أقرّ بملكية المبيع للمستحق) اى بعد أن يكون الاستحقاق ثابتا بالبينة لا باقرار المشترى المذكور فلا ينافى قول المصنف السابق أما اذا كان باقرار المشترى أو بنكوله فلا على انه قدم الشارح انه اذا اجتمع الاقرار والبينة يقضى بالبينة عند الحاجة الى الرجوع وبه اندفع ما فى الشرنبلالية من توهم المنافاة فافهم (قوله ورجع) اى بالثمن (قوله بسبب ما) اى بشراء او هبة أو ارث أو وصية (قوله بخلاف ما اذا لم يقر) اى المشترى اى لم يقر نصا بأنه ملك للبائع فان الشراء وان كان اقرارا بالملك لكنه محتمل وفي جامع الفصولين لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لكنه مقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار (قوله بل لا بد من الشهادة على مضمونه) بأن يشهدا أن قاضي بلدة كذا قضى على المستحق عليه بالدابة التي اشتراها من هذا البائع وأخرجها من يد المستحق عليه كما في جامع الفصولين وغيره (قوله من محاضر) بيان لما والمراد مضمون ما في المذكورات فلا بد فيها من الشهادة على مضمون المكتوب لما في المنح والمحضر ما يكتبه القاضي من حضور الخصمين والتداعي والشهادة والسجل ما يكتب فيه نحو ذلك وهو عنده والصك ما يكتبه لمشتر وشفيع ونحو ذلك اهـ ط (قوله بخلاف نقل وكالة) كما اذا وكل المدعى انسانا بحضرة القاضي ليدعى على شخص في ولاية قاض آخر وكتب القاضي كتابا يخبره بالوكالة ط (قوله وشهادة) كما اذا شهدوا على خصم غائب فان القاضي لا يحكم بل يكتب الشهادة ليحكم بها القاضي المكتوب اليه ويسلم المكتوب لشهود الطريق كما يأتي في باب كتاب القاضي الى القاضي ح (قوله لانهما لتحصيل العلم للقاضي) اى لمجرد الاعلام لا لنقل الحكم فلا تشترط الشهادة على مضمونهما بل تكفي الشهادة بأنهما من قاضي بلدة كذا هذا ما يفيده كلامه تبعا للدرر لكن سيأتي في كتاب القاضي الى القاضي اشتراط قراءته على الشهود أو اعلامهم به ومقتضاه انه لا بد من شهادتهم بمضمونه والا فما الفائدة في قراءته عليهم ولعل ما هنا مبني على قول أبي يوسف بأنه لا يشترط سوى شهادتهم بأنه كتابه وعليه الفتوى كما سيأتي هنالك (قوله ولذا لزم الخ) قال المصنف في كتاب القاضي الى القاضي في مسألة نقل الشهادة ولا بد من اسلام شهوده ولو كان لذمي على ذمي وعلله الشارح بقوله لشهادتهم على فعل المسلم اهـ ط (قوله ولا رجوع الخ) اى لو ادعى حقا مجهولا في دار فصولح على شئ كمائة درهم مثلا فاستحق بعض الدار لم يرجع صاحب الدار بشئ من البدل على المدعى لجواز أن تكون دعواه فيما بقي وان قل درر وعبارة الهداية فاستحقت الدار الا ذراعا منها والظاهر انه لو كان الاستحقاق على سهم شائع كربع أو نصف فهو كذلك لان المدعى لم يدع سهما منها لان

بل العبرة لتاريخ الملك (فلو قال المستحق) عند الدعوى (غابت) عني (هذه) الدابة (منذ سنة) فقبل القضاء بها للمستحق اخبر المستحق عليه البائع عن القصة (فقال البائع لي بينة انها كانت ملكا لي منذ سنتين) مثلا وبرهن على ذلك (لا تندفع الخصومة) بل يقضى بها للمستحق لبقاء دعواه في ملك مطلق خال عن تاريخ من الطرفين (العلم بكونه ملك الغير لا يمنع من الرجوع) على البائع (عند الاستحقاق) فلو استولد مشتراة يعلم غصب البائع اياها كان الولد رقيقا لانعدام الغرور ويرجع بالثمن وان أقرّ بملكية المبيع للمستحق درر وفي القنية لو أقرّ بالملك للبائع ثم استحق من يده ورجع لم يبطل اقراره فلو وصل اليه بسبب ما أمر بتسليمه اليه بخلاف ما اذا لم يقر لانه محتمل بخلاف النص (لا يحكم) القاضي (بسجل الاستحقاق بشهادة انه كتاب) قاضي (كذا) لان الخط يشبه الخط فلم يجز الاعتماد على نفس السجل (بل لا بد من الشهادة على مضمونه) ليقضي للمستحق عليه بالرجوع بالثمن (كذا) الحكم في (ما سوى نقل الشهادة والوكالة) من محاضر وسجلات وصكوك لان المقصود بكل منها الزام الخصم بخلاف نقل وكالة وشهادة لانهما لتحصيل العلم للقاضي ولذا لزم اسلامهم ولو الخصم كافرا

(ولا رجوع في دعوى حق مجهول من دار صولح على شئ) معين (واستحق بعضها) لجواز دعواه فيما بقي (ولو استحق كلها رد كل العوض)

لدخول المدّعى فى المستحق (واستفيد منه) اى من جواب المسألة امران أحدهما (صحة الصلح عن مجهول) على معلوم لانّ جهالة الساقط لاتفضى الى المنازعة (و) الثانى (عدم اشتراط صحة الدعوى لصحته) لجهالة المدّعى به حتى لو برهن لم يقبل مالم يدّع اقراره به (ورجع) المدّعى عليه (بحصته فى دعوى كلها ان استحق شئ منها) لفوات سلامة المبدل قيد بالمجهول لانه لو ادّعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع مادام فى يده ذلك المقدار وان بقى أقل رجع بحساب ما استحق منه (فرع) لو صالح من الدنانير على دراهم وقبض الدراهم فاستحقت بعد التفرق رجع بالدنانير لانّ هذا الصلح فى معنى الصرف فاذا استحق البدل بطل الصلح فوجب الرجوع درر وفيها فروع أخر فلتنظر وفى المنظومة المحبية مهمة منها

لو مستحقا ظهر المبيع
له على بائعه الرجوع
بالثمن الذى له قد دفعا
الا اذا البائع هاهنا ادّعى
بأنه كان قديما اشترى
ذلك من ذا المشترى بلا مرا
لو اشترى خرابة وأنفقا
شيأ على تعميرها وطفقا
ذاك يسوّى بعدها آكامها
ثم استحق رجل تمامها
فالمشترى فى ذاك ليس راجعا
على الذى غدا لتلك بائعا
ولا على ذا المستحق مطلقا
بذا الذى كان عليه انفقا
وان مبيع مستحقا ظهرا
ثم قضى القاضى على من اشترى
به فصالح الذى ادّعاه
صلحا على شئ له أدّاه
يرجع فى ذاك بكل الثمن
على الذى قد باعه فاستبن

وفى المنية شرى دارا وبنى فيها فاستحقت رجع بالثمن وقيمة البناء مبنيا على البائع اذا سلم النقض اليه فهدمه

دعوى حق مجهول تشمل السهم والجزء نعم لو ادّعى سهما شائعا يكون استحقاق الربع مثلا واردا على ربع ذلك السهم أيضا فللمدّعى عليه الرجوع بربع بدل الصلح هذا ما ظهر لى فتأمّله (قوله لدخول المدّعى فى المستحق) بالبناء للمجهول فيهما قال فى الدرر للعلم بأنه أخذ عوض ما لم يملكه (قوله واستفيد منه الخ) كذا ذكره شرّاح الهداية (قوله لانّ جهالة الساقط لاتفضى الى المنازعة) لانّ المصالح عنه ساقط فهو مثل الابراء عن المجهول فانه جائز عندنا لما ذكر بخلاف عوض الصلح فانه لما كان مطلوب التسليم اشترط كونه معلوما لئلا يفضى الى المنازعة (قوله لصحته) اى صحة الصلح (قوله لجهالة المدّعى به) بيان لوجه عدم صحة الدعوى لانّ المدّعى به اذا كان مجهولا لا تصح الدعوى حتى لو برهن عليه لم يقبل (قوله مالم يدّع اقراره به) اى فاذا ادّعى اقرار المدّعى عليه بذلك الحق المجهول وبرهن على اقراره به يقبل اى ويجبر المقرّ على البيان كما نقله ط عن نوح (قوله بحصته) الاولى ذكره بعد قوله شئ منها لانّ الضمير راجع اليه ط (قوله لفوات سلامة المبدل) اى الشئ الذى استحق فانه لم يسلم للمصالح قال فى الدرر لانّ الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين أن المدّعى لا يملك ذلك القدر فيردّ بحسابه من العوض اهـ فافهم (قوله لم يرجع الخ) هذا ظاهر فيما اذا ورد الاستحقاق على سهم شائع أيضا كربعها أو نصفها أما اذا استحق جزء معين منها كذراع مثلا من موضع كذا فالصلح عن دعوى ربعها يدخل فيه ربع ذلك الجزء المستحق تأمّل (قوله وان بقى أقل) بأن ادّعى الربع ولم يبق بعد الاستحقاق فى يد المدّعى عليه الا الثمن فيرجع بحصة الثمن المستحق ط (قوله فوجب الرجوع) اى بأصل المدّعى وهو الدنانير ط (قوله وفيها فروع أخر فلتنظر) منها استحقاق بعض المبيع وسيأتى ومنها مسائل أخر تقدمت فى فصل الفضولى (قوله الا اذا البائع هاهنا ادّعى الخ) اى فلا يرجع بالثمن لانه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه بزازية لكن هذا ظاهر اذا اتحد الثمن فلو زاد فله الرجوع بالزيادة كما قاله ط وكذا لو ادّعى عليه اقراره بأنه اشتراه منى وهى حيلة لامن البائع غائلة الردّ بالاستحقاق وبيانها أن يقرّ المشترى بأنّ بائعى قبل أن يبيعه منى اشتراه منى فحينئذ لا يرجع بعد الاستحقاق لما قلنا أما لو قال لا أرجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لانّ الابراء لا يصح تعليقه بالشرط كما فى الفتح (قوله وطفق ذاك) اى شرع واسم الاشارة للمشترى (قوله آكامها) بمدّ الهمزة جمع أكمة محرّكة التلّ (قوله تمامها) اى الخرابة وما بناه فيها (قوله مطلقا) لم يظهر لى المراد به تأمّل (قوله بذا الذى كان عليها انفقا) متعلق بقوله راجعا المقدّر فى المعطوف او المذكور فى المعطوف عليه ولو قدّم هذا الشطر على الذى قبله لكان اظهر ويكون المراد بقوله مطلقا انه لا يرجع على المستحق بما أنفق ولا بالثمن أما على البائع فلا رجوع بما انفق فقط ويرجع بالثمن كما صرّح به فى جامع الفصولين ثم المراد بما انفق قيمة البناء ان كان بنى فيها أو اجرة التسوية ونحوها كما يظهر مما يأتى ثم اعلم أنا قدمنا انه لا يرجع المشترى على البائع بالثمن اذا صار المبيع بحال لو كان غصبا ملكه كما لو قطع الثوب وخاطه قميصا فاستحق القميص أو طحن البرّ فاستحق الدقيق وقد اختلفوا فيما لو غصب ارضا وبنى فيها أو غرس ما قيمته اكثر من قيمة الارض هل يملك الارض بقيمتها ام يؤمر بالقلع والردّ الى المالك أفتى المفتى ابو السعود بالثانى وعليه يظهر اطلاقهم هنا أما على القول الاوّل فتقييد المسألة بما اذا كان قيمة البناء اقلّ والا كان الاستحقاق واردا على ملك المشترى وهو الارض والبناء فلا رجوع له على البائع أصلا فتنبه لذلك (قوله به) اى بالمبيع او بالاستحقاق وهو متعلق بقوله قضى والضمير فى قوله فصالح عائد على من اشترى والذى ادّعاه وهو المستحق مفعول صالح وصلحا مفعول مطلق وضميرله عائد على الذى (قوله يرجع الخ) اى لانه صار شاريا للمبيع من المستحق ومرّ تمام الكلام على ذلك أوائل الباب (قوله شرى دارا) اى ولو كان الشراء فاسدا كما فى جامع الفصولين معللا بتحقق الغرور فيه (قوله وبنى فيها) اى من ماله فلو بنى بنقضها لم يرجع بقيمته كما هو ظاهر ولا بما انفق كما يعلم مما يأتى (قوله فاستحقت) اى الدار وحدها دون ما بناه فيها (قوله وقيمة البناء مبنيا) اى يقوّم مبنيا فيرجع بقيمته لا مقلوعا والمراد بالبناء ما يمكن نقضه وتسليمه كما يأتى فلا يرجع بما أنفق من طين ونحوه ولا باجرة البانى ونحوه (قوله على البائع) ثم هذا البائع يرجع على بائعه بالثمن فقط لا بقيمة البناء عنده وعندهما يرجع بقيمة البناء ذخيرة (قوله اذا سلم النقض اليه) ظاهره انه يرجع بعد ما كلفه المستحق الهدم فهدمه والبائع غائب ثم سلم نقضه الى البائع وذكر فى الخانية عن ظاهر الرواية انه لا يرجع عليه الا اذا سلمه البناء قائما

فهدمه البائع ثم قال والاوّل أقرب الى النظر قلت وعزاه فى الذخيرة الى عامة الكتب (قوله يوم تسليمه) متعلق بقيمة فلو سكن فيه وانهدم بعضه أو زادت قيمته يرجع عليه بقيمة البناء يوم التسليم كما بسطه فى جامع الفصولين ونقلناه فى آخر المرابحة عن الخانية (قوله فبالثمن لاغير) وعند البعض له امساك النقض والرجوع بنقصانه أيضا كما فى الذخيرة (قوله كما لو استحقت بجميع بنائها) اى فانه يرجع بالثمن لاغير وهذه مسألة الخرابة السابقة (قوله لما تقرّر الخ) قال فى جامع الفصولين لانّ الاستحقاق اذا ورد على ملك المشترى لايوجب الرجوع على البائع والبناء ملك المشترى فلا يرجع به ولانه لما استحق الكل لا يقدر المشترى أن يسلم البناء الى البائع وقد مرّ أنه لا يرجع بقيمة بنائه مالم يسلمه الى البائع اهـ (قوله لانّ الحكم الخ) اى حكم القاضى بالاستحقاق يوجب الرجوع بالقيمة اى بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه كما يأتى لا بالنفقة اى لا بما انفقه وهو هنا اجرة الحفر والترميم بطين ونحوه مما لا يمكن نقضه وتسليمه وأفاد أنه لا فرق بين أن يستحق لجهة وقف او ملك وعبارة الشارح آخر كتاب الوقف توهم خلافه وقدمنا الكلام عليها هنالك (قوله كما فى مسألة الخرابة) اى المتقدمة فى النظم وهذا تشبيه لقوله لا بالنفقة ان كان لم يبن فى الخرابة وان كان بنى فيها فهو تمثيل لقوله كما لو استحقت الخ (قوله حتى لو كتب فى الصك) اى صك عقد البيع وهو تفريع على قوله لا بالنفقة (قوله فعلى البائع) اى اذا ظهرت مستحقة ط (قوله يفسد البيع) لانه شرط فاسد لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ط (قوله وطواها) اى بناها بحجر أو آجرّ (قوله لا بقيمة الحفر) كذا فى جامع الفصولين والاظهر التعبير بنفقة الحفر لانّ الحفر غير متقوّم (قوله فلو شرطاه) اى الرجوع بنفقة الحفر (قوله وبالجملة) اى وأقول قولا ملتبسا بالجملة اى مشتملا على جملة ما تقرّر (قوله بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه) اى بعد أن يسلمه للبائع كما مرّ وهذا ان لم يكن عالما بأن البائع غاصب فلو علم لم يرجع لانه مغترّ لا مغرور بزازية ولو قال البائع بعتها مبنية وقال المشترى أنا بنيتها فأرجع عليك فالقول للبائع لانه منكر حق الرجوع ولو أخذ دارا بشفعة فبنى ثم استحق منه رجع على المشترى بثمنه لا بقيمة بنائه لانه أخذها برأيه جامع الفصولين وفيه لو أضرّ الزرع بالارض فللمستحق أن يضمنه للنقصان ولا يرجع المشترى على بائعه الا بالثمن (تنبيه) نظم فى الحبية مسألة اخرى وعزاها شارحها سيدى عبد الغنى النابلسى الى جامع الفتاوى وهى رجل اشترى كرما فقبضه وتصرّف فيه ثلاث سنين ثم استحقه رجل وبرهن وأخذه بقضاء القاضى ثم طلب الغلة التى اتلفها المشترى هل يجوز ردّه ام لا الجواب فيه يوضع من الغلة مقدار ما أنفق فى عمارة الكرم من قطع الكرم واصلاح السواقى وبنيان الحيطان ومرمّته وما فضل من ذلك يأخذه المستحق من المشترى اهـ وبه أفتى فى الحامدية أيضا وعزاه الى جامع الفتاوى وقال وبمثله أفتى الشيخ خير الدين فى فتاواه وأيضا ابو السعود أفندى مفتى السلطنة نقلا عن التوفيق كما فى صور المسائل من الاستحقاق ونقله الانقروى فى فتاواه اهـ قلت وهذا مشكل لانه مثل قيمة الجص والطين فلا يرجع به على البائع ولا على المستحق لانّ زوائد المغصوب متصلة أو منفصلة تضمن بالاستهلاك والغلة منهما ولعل وجهه انه اذا اقتطع من الغلة ما أنفقه لم يكن رجوعا من كل وجه لانّ الغلة انما نمت وصلحت بانفاقه كما فى الانفاق على الدابة كما يأتى لكن كان الاوفق الرجوع على البائع لانه غرّ المشترى فى ضمن عقد البيع ولا صنع للمستحق فى ذلك فليتأمل (قوله فى الفصل الخامس عشر) صوابه السادس عشر (قوله له ردّ الباقى) لعيب الشركة (قوله ان لم يتغير الخ) لان ذلك مانع من الردّ بالعيب (قوله ولو شرى ارضين الخ) قال فى جامع الفصولين استحق بعض المبيع فلو لم يميز الا بضرر كدار وكرم وأرض وزوجى خف ومصراعى باب وقنّ يتخير المشترى والا فلا كثوبين لانّ منفعة الدار يتعلق بعضها ببعض ومنفعة الثوب لا تتعلق بمنفعة ثوب آخر اهـ وهذا اذا كان بعد القبض ولذا قال بعده ولو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع فى قدر المستحق ويخير المشترى فى الباقى كما مرّ سواء اورث الاستحقاق عيبا فى الباقى أولا لتفرق الصفقة قبل التمام وكذا لو استحق بعد قبضه سواء استحق المقبوض أو غيره يخير كما مرّ لما مرّ من التفرق ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ثم لو أورث الاستحقاق عيبا فيما بقى يخير المشترى كما مرّ ولو لم يورث عيبا فيه كثوبين أو قنين استحق أحدهما او كيلى أو وزنى استحق بعضه أو لا يضرّ تبعيضه فالمشترى يأخذ الباقى بلا خيار اهـ وتقدّم تمام الكلام على ذلك فى خيار العيب (قوله لم يرجع بما انفق) اى لم يرجع المشترى على البائع قنية وفيها أيضا اشترى ابلا مهازيل فعلفها حتى سمنت ثم استحقت لا يرجع

يوم تسليمه وان لم يسلم فبالثمن لاغير كما لو استحقت بجميع بنائها لما تقرّر أن الاستحقاق متى ورد على ملك المشترى لا يوجب الرجوع على البائع بقيمة البناء مثلا ولو حفر بئرا أو نقى البالوعة أو رمّ من الدار شيأ ثم استحقت لم يرجع بشئ على البائع لانّ الحكم يوجب الرجوع بالقيمة لا بالنفقة كما فى مسألة الخرابة حتى لو كتب فى الصك فما أنفق المشترى فيهما من نفقة أو رمّ فيها من مرمّة فعلى البائع يفسد البيع ولو حفر بئرا وطواها رجع بقيمة الطى لا بقيمة الحفر فلو شرطاه فسد وكذا لو حفر ساقية ان قنطر عليها رجع بقيمة بناء القنطرة لا بنفقة حفر الساقية وبالجملة فانما يرجع اذا بنى فيها أو غرس بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه الى البائع فلا يرجع بقيمة جص وطين وتمامه فى الفصل الخامس عشر من الفصولين وفيه شرى كرما فاستحق نصفه له ردّ الباقى ان لم يتغير فى يده ولم يأكل من ثمره ولو شرى أرضين فاستحقت احداهما ان قبل القبض خير المشترى وان بعده لزمه غير المستحق بحصته من الثمن بلا خيار ولو استحق العبد او البقرة لم يرجع بما انفق

على البائع بما انفقه وبالعلف اهـ ونقل فى الحامدية بعده عن القاعدية اشترى بقرة وسمنها ثم استحقت فانه يرجع على بائعه بما زاد كما لو اشترى دارا وبنى فيها ثم استحقت اهـ وهذا يناسب مسألة الكرم المارة آنفا لكن يفيد أن يكون الرجوع على البائع كما قلنا وما ذكره فى القنية من عدم الرجوع هنا اظهر والفرق بين التسمين والبناء ظاهر مما مرّ فلذا مشى عليه الشارح (قوله ولو استحق ثياب القن الخ) فى جامع الفصولين شرى أرضا فيها اشجار حتى دخلت بلا ذكر فاستحقت الاشجار قيل لا حصة لها من الثمن كثوب قنّ وبردعة حمار فان ما يدخل تبعا لا حصة له من الثمن وقيل الرواية انه يرجع بحصة الاشجار والفرق أنها مركبة فى الارض فكانه استحق بعض الارض بخلاف الثياب فالتبعية هنا أقل ولذا كان للبائع أن يعطى غيرها لو كانت ثياب مثله ثم قال أقول فى الشجر وكل ما يدخل تبعا اذا استحق بعد القبض ينبغى أن يكون له حصة من الثمن اهـ قلت ويدل له ما نقل عن شرح الاسبيجابى الاوصاف لا قسط لها من الثمن الا اذا وردعليها القبض والاوصاف ما يدخل فى البيع بلا ذكر كبناء وشجر فى أرض وأطراف فى حيوان وجودة فى الكيلى والوزنى وعن فتاوى رشيد الدين البناء وان كان تبعا اذا لم يذكر فى الشراء لكن اذا قبض يصير مقصودا ويصير له حصة من الثمن اهـ وفى الخانية وضع محمد رحمه الله تعالى اصلا كل شئ اذا بعته وحده لا يجوز بيعه واذا بعته مع غيره جاز فاذا استحق ذلك الشئ قبل القبض كان المشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بجميع الثمن وان شاء ترك وكل شئ اذا بعته وحده يجوز بيعه فاذا بعته مع غيره فاستحق كان له حصة من الثمن اهـ قلت فصار الحاصل أن ما يدخل فى البيع تبعا اذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن فيرجع على البائع بحصته وان استحق قبل القبض فان كان لا يجوز بيعه وحده كالشرب فلا حصة له من الثمن فلا يرجع بشئ بل يخير بين الاخذ بكل الثمن والترك وان جاز بيعه وحده كالشجر وثوب القن كان له حصة من الثمن فيرجع بها على البائع وهذا اذا لم يذكر فى البيع لما فى جامع الفصولين اذا ذكر البناء والشجر كانا مبيعين قصدا لا تبعا حتى لو فاتا قبل القبض يأخذ الارض بحصتها ولا خيار له ولو احترقا أو قلعهما ظالم قبل القبض يأخذها بجميع الثمن أو ترك ولا يأخذ بالحصة بخلاف الاستحقاق والهلاك بعد القبض وهو على المشترى (قوله بلا اعادة بينة) اى على الاستحقاق وهذا اذا كان الرجوع عند القاضى الذى حكم بالاستحقاق وهو ذاكر لذلك فلو نسى أو كان عند غيره لا بد من الاعادة كما أفاده فى جامع الفصولين (قوله لو أبرأ الاول من الثمن) اى بأن حكم القاضى بالاستحقاق وحكم للمشترى الاخير بالرجوع على الاول بالثمن ثم ابرأه عنه فللمشترى الاول الرجوع على بائعه كما قدمه الشارح أوائل الباب عن جامع الفصولين ونقلنا قبله عن الذخيرة وجامع الفصولين انه لو أبرأ البائع عن الثمن قبل الاستحقاق فلا رجوع له بعد الاستحقاق لانه لا ثمن له على بائعه وكذا لا رجوع لبقية الباعة (قوله لكن فى الفصولين ما يخالفه) الذى فى جامع الفصولين التفرقة بين الاستحقاق المبطل والناقل كما تقدم فى المتن أول الباب وهذا لا يخالف المنقول هنا عن أبى حنيفة وان كان مراده المخالفة فى مسألة الابراء فلم أر فيه مخالفة لما هنا أيضا بل فيه التفرقة بين ابراء المشترى البائع وبين ابراء البائع المشترى كما ذكرناه آنفا وقدمناه أول الباب (قوله لم يرجع المستحق بالمال على المعتق) كذا فى القنية والظاهر أن المراد بالمال ما كان من كسب العبد لان غايته انه ظهر بالاستحقاق أن المعتق غاصب للعبد والغاصب يملك كسب العبد المغصوب أما لو كان المال للمولى مع العبد فأعتقه عليه ينبغى أن يثبت للمستحق الرجوع به على المعتق تأمل (قوله وأخذت بالشفعة) اى بقيمة العبد أو بعينه ان وصل الى الشفيع بجهة ط (قوله ويأخذ البائع الدار من الشفيع) اى ويرجع الشفيع بما دفع من قيمة العبد على البائع (قوله لبطلان البيع) علة لقوله بطلت الشفعة ط والتعليل بذلك مذكور فى القنية وهو صريح فى أن الاستحقاق فى بيع المقايضة يبطل البيع وفى جامع الفصولين استحقاق بدل المبيع يوجب الرجوع بعين المبيع قائما وبقيمته هالكا وفيه أيضا اذا استحق أحد البدلين فى المقايضة وهلك البدل الآخر تجب قيمة الهالك لا قيمة المستحق لانتقاض البيع اهـ وفى حاشيته للخير الرملى هذا يدل باطلاقه على ما لو باعه المقايض لغيره وسلمه له ثم استحق بدله من يد المقايض للثانى أن يرجع بعين المبيع على المشترى منه لانتقاض البيع ومن لوازمه رجوعه الى ملكه فاذا رجع عليه وأخذه منه يرجع هو بما دفع لبائعه من الثمن وتسمع دعوى مالك المبيع على المشترى بغيبة بائعه لدعواه الملك لنفسه فينتصب خصما للمدعى وهى واقعة الحال فى مقايضة بهيم ببهيم

ولو استحق ثياب القن أو بردعة الحمار لم يرجع بشئ وكل شئ يدخل فى البيع تبعا لا حصة له من الثمن ولكن يخير المشترى فيه قنية ولو استحق من يد المشترى الاخير كان قضاء على جميع الباعة ولكل أن يرجع على بائعه بالثمن بلا اعادة بينة لكن لا يرجع قبل أن يرجع عليه المشترى عند أبى حنيفة وقال ابو يوسف له أن يرجع قال ألا ترى أن المشترى الثانى لو أبرأ الاول من الثمن كان للاول الرجوع كما لو وجد العبد حرا فلكل الرجوع قبله خانية لكن فى الفصولين ما يخالفه فتنبه ولو اشترى عبدا فأعتقه بمال أخذه منه ثم استحق العبد لم يرجع المستحق بالمال على المعتق ولو شرى دارا بعبد وأخذت بالشفعة ثم استحق العبد بطلت الشفعة ويأخذ البائع الدار من الشفيع لبطلان البيع والله اعلم

وتقابضا

وتقابضا وباع أحدهما ما في يده وسلم فاستحق من مشتريه ولم أر فيها صريح النقل غير ما هنا لكن مجرد الاستحقاق لا يوجب نقض البيع وفسخه كما مرّ بيانه اهـ ملخصا وتمامه فيها (خاتمة) لم أر من ذكر ما اذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع كموت الدابة مثلا وهي واقعة الفتوى وقد أجبت بأن المستحق لا بدّ له من اقامة البينة على قيمتها يوم الشراء فيضمن المشترى القيمة ويرجع على بائعه بالثمن لا بما ضمن لانّ المشترى غاصب الغاصب وقد صرّحوا في الغصب بأن المشترى من الغاصب اذا ضمن القيمة يرجع على بائعه بالثمن لانّ ردّ القيمة كردّ العين والله سبحانه وتعالى أعلم

(باب السلم)

شروع فيما يشترط فيه قبض أحد العوضين أو قبضهما كالصرف وقدم السلم عليه لانه بمنزلة المفرد من المركب وخص باسم السلم لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسليم رأس المال وتمامه في النهر (قوله وشرعا) معطوف على قوله لغة (قوله بيع آجل بعاجل) كذا عرّفه في الفتح واعترض على ما في السراج والعناية من انه أخذ عاجل بآجل بأنه غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وفي غاية البيان انه تحريف من النساخ وأجاب في البحر بأنه من باب القلب والاصل أخذ آجل بعاجل قلت وفيه أن القلب لا يسوغ لغير البلغاء لا جل نكتة بيانية كما صرحوا به ولا سيما في التعاريف ويظهر لي الجواب بأنه ناظر الى ابتدائه من جانب المسلم اليه اى أخذ ثمن عاجل ويؤيده كون السلم كالسلف مشعرا بالتقدم أولا فالمناسب الابتداء بالعاجل وهو الثمن ثم رأيت في النهر عن الحواشي السعدية ما يوافق ما قلناه حيث قال يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوى اذ الاصل هو عدم التغيير الا أن يثبت بدليل اهـ ويظهر لي أيضا أن الاولى في تعريفه أن يقال شراء آجل بعاجل لانّ السلم اسم من الاسلام كما في القهستاني ولا يخفى أن الاسلام صفة المسلم فهو المنظور اليه أصالة ولذا سموه رب السلم اى صاحبه فالمناسب بناء التعريف على ما يشعر به اللفظ والمعنى وهو الشراء الذى هو المراد بالاسلام الصادر من رب السلم بخلاف البيع الصادر من المسلم اليه ومثله الاخذ لعدم اشعار اشتقاق اللفظ بهما (قوله وركنه ركن البيع) من الايجاب والقبول (قوله حتى ينعقد الخ) وكذا ينعقد البيع والشراء بلفظ السلم ولم يحك في القنية فيه خلافا نهر (قوله ويصح فيما أمكن ضبط صفته) لانه دين وهو لا يعرف الا بالوصف فاذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون نهر (قوله ككيل وموزون) فلو أسلم في المكيل وزنا كما اذا أسلم في البرّ والشعير بالميزان فيه روايتان والمعتمد الجواز لوجود الضبط وعلى هذا الخلاف لو أسلم في الموزون كيلا بحر (قوله فلم يجز فيها السلم) لكن اذا كان رأس المال دراهم أو دنانير أيضا كان العقد باطلا اتفاقا وان كان غيرها كثوب في عشرة دراهم لا يصح سلما اتفاقا وهل ينعقد بيعا في الثوب بثمن مؤجل قال ابو بكر الاعمش ينعقد وعيسى بن أبان لا وهو الاصح نهر وهذا صححه في الهداية ورجح في الفتح الاول وأقره في البحر واعترضه في النهر بما هو ساقط جدا كما أوضحته فيما علقته على البحر (قوله وعددى متقارب) الفاصل بين المتفاوت والمتقارب أن ما ضمن مستهلكه بالمثل فهو متقارب وبالقيمة يكون متفاوتا بحر عن المعراج (قوله كجوز) اى جوز الشام بخلاف جوز الهند كما في البحر (قوله وبيض) ظاهر الرواية أن بيض النعام من المتقارب وفي رواية الحسن عن الامام لا يجوز لتفاوت آحاده والوجه أن ينظر الى الغرض في العرف فان كان الغرض منه الاكل فقط كعرف اهل البوادى وجب العمل بالاول او القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في مصر وغيرها وجب العمل بالرواية الاخرى ووجب مع ذكر العدد تعيين المقدار واللون من نقاء البياض واهداره أفاده في الفتح وأجازوه في الباذنجان والكاغد عددا وحمله في الفتح على باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك وعلى كاغد بقالب خاص والا لا يجوز اهـ وفي الجوهرة لا يجوز السلم في الورق الا أن يشترط منه ضرب معلوم الطول والعرض والجودة (قوله وفلس) الاولى وفلوس لانه مفرد لا اسم جنس قيل وفيه خلاف محمد لمنعه بيع الفلس بالفلسين الا أن ظاهر الرواية عنه كقولهما وبيان الفرق في النهر وغيره (قوله بكسر الباء) اى الموحدة وقد تخفف فيصير كحمل كما في المصباح وهو الطوب النيء نهر (قوله وآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المدّ أشهر من التخفيف وهو اللبن اذا طبخ

(باب السلم)

(هو) لغة كالسلف وزنا ومعنى وشرعا (بيع آجل) وهو المسلم فيه (بعاجل) وهو رأس المال (وركنه ركن البيع) حتى ينعقد بلفظ بيع في الاصح (ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم) بكسر اللام (و) يسمى (الآخر المسلم اليه والحنطة مثلا المسلم فيه) والثمن رأس المال (وحكمه ثبوت الملك للمسلم اليه ولرب السلم في الثمن والمسلم فيه) فيه لف ونشر مرتب (ويصح فيما أمكن ضبط صفته) كجودته ورداءته (ومعرفة قدره ككيل وموزون و) خرج بقوله (مثمن) الدراهم والدنانير لانها أثمان فلم يجز فيها السلم خلافا لمالك (وعددى متقارب كجوز وبيض وفلس) وكمثرى ومشمش وتين (ولبن) بكسر الباء (وآجر)

بلبن معين) بين صفته ومكان ضربه خلاصة (وذرعى كثوب بين قدره) طولا وعرضا (وصفته) كقطن وكتان ومركب منهما (وصنعته) كعمل الشام أو مصر أو زيد أو عمرو (ورقته) او غلظه (ووزنه ان بيع به) فان الديباج كلما ثقل وزنه زادت قيمته والحرير كلما خف وزنه زادت قيمته فلا بد من بيانه مع الذرع (لا) يصح (فى) عددى (متفاوت) هو ما تتفاوت ماليته (كبطيخ وقرع) ودر ورمان فلم يجز عددا بلا تمييز وما جاز عدا جاز كيلا ووزنا نهر (ويصح فى سمك مليح) ومالح لغة رديئة (و) فى (طرى حين يوجد وزنا وضربا) اى نوعا قيد لهما (لا عددا) لتفاوت (ولو صغارا جاز وزنا وكيلا) وفى الكبار روايتان مجتبى (لا فى حيوان) ما خلافا للشافعى (واطرافه) كرؤس واكارع خلافا لمالك وجاز وزنا فى رواية

مصباح (قوله بلبن) كمنبر قالب الطين قاموس فهو بفتح الباء ومافى البحر عن الصحاح من انه بكسر الباء فهو سبق قلم فانه لم يوجد فى الصحاح بل الذى فيه الملبن قالب اللبن والملبن المحلب (قوله بين صفته ومكان ضربه خلاصة) فيه تطرف فان عبارة الخلاصة ولا بأس فى السلم فى اللبن والآجر اذا بين الملبن والمكان وذكر عددا معلوما والمكان قال بعضهم مكان الايفاء وهذا قول أبى حنيفة وقال بعضهم المكان الذى يضرب فيه اللبن اهـ اى لاختلاف الارض رخاوة وصلابة وقربا وبعدا ولا يخفى أن الملبن اذا كان معينا لا يحتاج الى بيان صفته بخلاف ما اذا كان غير معين فلا بد من كونه معلوما ويعلم كما فى الجوهرة بذكر طوله وعرضه وسمكه (قوله وذرعى كثوب الخ) وكالبسط والحصر والبوارى كما فى الفتح وأراد بالثوب غير المخيط قال فى الفتح ولا فى الجلود عددا وكذا الاخشاب والجوالقات والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلانس الا أن يذكر العدد لقصد التعدد فى المسلم فيه ضبطا للكمية ثم يذكر ما يقع به الضبط كأن يذكر فى الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع بجلود البقر والغنم الخ (قوله بين قدره) اى كونه كذا كذا ذراعا فتح وظاهره أن الضمير للثوب لا للذراع وفى البزازية ان أطلق الذراع فله الوسط وفى الذخيرة اختلفوا فى قول محمد له ذراع وسط فقيل المراد به المصدر أى فعل الذرع فلا يمد كل المد ولا يرخى كل الارخاء وقيل الآلة والصحيح انه يحمل عليهما (قوله كقطن) فيه أن هذا جنس والصفة كاصفر ومركب منهما كالملحم ط عن المنح وفسر الصفة فى الدرر بالرقة والغلظ لكنه لا يناسب المتن (قوله فان الديباج) هو ثوب سداه ولحمته ابريسم بكسر الدال اصوب من فتحها مصباح وهو نوع من الحرير (قوله والحرير الخ) قال فى الفتح هذا فى عرفهم وعرفنا ثياب الحرير أيضا وهى المسماة بالكمخاء كلما ثقلت زادت القيمة فالحاصل انه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة اهـ (قوله فلا بد من بيانه مع الذرع) هو الصحيح كما فى الظهيرية ولو ذكر الوزن بدون الذرع يجوز وقيده خواهر زاده بما اذا لم يبين لكل ذراع ثمنا فان بينه جاز كذا فى التتارخانية نهر (قوله ما تتفاوت ماليته) اى مالية أفراده (قوله بلا تمييز) اى بلا ضابط غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك فتح (قوله وما جاز عدا جاز كيلا ووزنا) وما يقع من التخلخل فى الكيل بين كل نحو بيضتين مغتفر لرضى رب السلم بذلك حيث اوقع العقد على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله وانما يمتنع ذلك فى أموال الربا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها وانما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلا مطلقا ليكون ربويا واذا أجزناه كيلا فوزنا اولى فتح وكذا ما جاز كيلا جاز وزنا وبالعكس على المعتمد لوجود الضبط كما قدمناه عن البحر اى وان لم يجر فيه عرف كما قدمناه فى الربا قبيل قوله والمعتبر تعيين الربوى (قوله ويصح فى سمك مليح) فى المغرب سمك مليح ومملوح وهو القديد الذى فيه الملح (قوله ومالح لغة رديئة) كذا فى المصباح وذكر أن قولهم ماء مالح لغة حجازية واستشهد لها وأطال (قوله وفى طرى حين يوجد) فان كان ينقطع فى بعض السنة كما قيل انه ينقطع فى الشتاء فى بعض البلاد أى لانجماد الماء فلا ينعقد فى الشتاء ولو أسلم فى الصيف وجب أن يكون الاجل لا يبلغ الشتاء هذا معنى قول محمد لا خير فى السمك الطرى الا فى حينه يعنى أن يكون السلم مع شروطه فى حينه كيلا ينقطع بعد العقد والحلول وان كان فى بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت فى آحاده فتح أما المليح فانه يدخر ويباع فى الاسواق فلا ينقطع حتى لو كان ينقطع فى بعض الاحيان لا يجوز فيه كما أفاده ط ولا يخفى أن هذا فى بلاد يوجد فيها أما فى مثل بلادنا فلا يصح لانه لا يباع فى الاسواق الا نادرا (قوله جاز وزنا وكيلا) اى بعد بيان النوع لقطع المنازعة ط (قوله وفى الكبار) اى وزنا ولا يجوز كيلا رواية واحدة أفاده ابو السعود ط (قوله روايتان) والمختار الجواز وهو قولهما لان السمن والهزال غير معتبر فيه عادة وقيل الخلاف فى لحم الكبار منه كذا فى الاختيار وفى الفتح وعن أبى حنيفة فى الكبار التى تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم فى لحمها اعتبارا بالسلم فى اللحم اهـ (قوله لا فى حيوان ما) اى دابة كان أو رقيقا ويدخل فيه جميع أجناسه حتى الحمام والقمرى والعصافير هو المنصوص عن محمد الا انه يخص من عمومه السمك نهر قال فى البحر لكن فى الفتح ان شرطت حياته اى السمك فلنا أن نمنع صحته اهـ وأقره فى النهر والمنح (قوله خلافا للشافعى) ومعه مالك وأحمد وأطال فى الفتح فى ترجيح أدلة المذهب المنقولة والمعقولة ثم ضعف المعقولة وحط كلامه على أن المعتبر النهى الوارد فى السنة كما قاله محمد أى فهو تعبدى (قوله وأكارع) جمع كراع وهو ما دون الركبة فى الدواب فتح (قوله وجاز وزنا فى رواية) فى

السراج لو أسلم فيه وزنا اختلفوا فيه نهر واختار هذه الرواية فى الفتح حيث قال وعندى لا بأس بالسلم فى الرؤس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وباقى الشروط فانهما من جنس واحد وحينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا اهـ وأقره فى النهر (قوله بالحزم) بضم الحاء وفتح الزاى جمع حزمة فى القاموس حزمه يحزمه شده والحزمة بالضم ما حزم (قوله ورطبة) هى القصة خاصة قبل أن تجف والجمع رطاب مثل كلبة وكلاب والرطب وزان قفل المرعى الاخضر من بقول الربيع وبعضهم يقول الرطبة وزان غرفة الخلاء وهو الغض من الكلأ مصباح (قوله بالجرز) جمع جرزة مثل غرف وغرف وهى القبضة من القت ونحوه أو الحزمة مصباح وفيه والقت القصة اذا يبست (قوله الا اذا اضبط الخ) بأن بين الحبل الذى يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدى الى النزاع زيلعى (قوله وجاز وزنا) اى فى الكل فتح قال وفى ديارنا تعارفوا فى نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب (قوله وجوهر) كالياقوت والبلخش والفيروزج نهر (قوله وخرز) بالتحريك الذى ينظم وخرزات الملك جواهر تاجه وكان اذا ملك عاما زيدت فى تاجه خرزة ليعلم عدد سنى ملكه قاله الجوهرى وذلك كالعقيق والبلور لتفاوت آحادها تفاوتا فاحشا وكذلك لا يجوز فى اللآلئ الكبار نهر (قوله من وقت العقد الى وقت الاستحقاق) دوام الانقطاع ليس شرطا حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع أن لا يوجد فى الاسواق وان كان فى البيوت كذا فى التبيين شرنبلالية ومثله فى الفتح والبحر والنهر وعبارة الهداية ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل وسيذكره الشارح فما أوهمه كلامه هنا كالدرر غير مراد (قوله لم يجز فى المنقطع) اى المنقطع فيه لانه لا يمكن احضاره الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم بحر (قوله بعد الاستحقاق) اى قبل أن يوفى المسلم فيه بحر (قوله ولحم) فى الهداية ولا خير فى السلم فى اللحم قال فى الفتح وهذه العبارة تأكيد فى نفى الجواز وتمامه فيه (قوله ولو منزوع عظم) هو الاصح هداية وهو رواية ابن شجاع عن الامام وفى رواية الحسن عنه جوازه منزوع العظم كما فى الفتح (قوله وجوزاه اذا بين وصفه وموضعه) فى البحر وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه وصفته وموضعه وقدره كشاة خصى ثنى سمين من الجنب او الفخذ مائة رطل اهـ ولعل الشارح أراد بالوصف جميع ما ذكر (قوله وعليه الفتوى بحر) نقل ذلك فى البحر والفتح عن الحقائق والعيون (قوله لكن فى القهستانى الخ) استدراك على المتن فافهم (قوله بالروايتين) اى رواية الحسن ورواية ابن شجاع وهى الاصح فما فى القهستانى مبنى على خلاف الاصح (قوله وفى العينى الخ) فى البحر عن الظهيرية واقراض اللحم عندهما يجوز كالسلم وعنه روايتان وهو مضمون بالقيمة فى ضمان العدوان لو مطبوخا اجماعا ولو نيأ فكذلك هو الصحيح اهـ وذكر فى الفتح عن الجامع الكبير والمنتقى أن اللحم مضمون بالقيمة واختيار الاسبيجابى ضمانه بالمثل وهو الوجه لان جريان ربا الفضل فيه قاطع بأنه مثلى فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة فى الضمان منصوص عليها وتمامها بالمثل لانه مثل صورة ومعنى والقيمة مثل معنى فقط وتمام الكلام فيه (قوله ولا بمكيال وذراع مجهول) اى لم يدر قدره كما فى الكنز والواو بمعنى أو اى لا يجوز السلم بمكيال معين او بذراع معين لا يعرف قدره لانه يحتمل أن يضيع فيؤدى الى النزاع بخلاف البيع به حالا حيث يجوز لان التسليم به يجب فى الحال فلا يتوهم فوته وفى السلم يتأخر التسليم فيخاف فوته زيلعى زاد فى الهداية ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز الا فى قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبى يوسف اهـ واعترضه الزيلعى بأن هذا التفصيل انما يستقيم فى البيع حالا حيث يجوز باناء لا يعرف قدره بشرط أن لا ينكبس ولا ينبسط ويفيد فيه استثناء قرب الماء ولا يستقيم فى السلم لانه ان كان لا يعرف قدره لا يجوز السلم به مطلقا وان عرف قدره فالسلم به لبيان القدر لا لتعيينه فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكبس وغيره اهـ وأجاب فى النهر بأنه اذا أسلم بمقدار هذا الوعاء برا وقد عرف أنه ويبة مثلا جاز غير أنه اذا كان ينقبض وينبسط لا يجوز لانه يؤدى الى النزاع وقت التسليم فى الكبس وعدمه لانه عند بقاء عينه يتعين وقول الزيلعى لا لتعيينه ممنوع نعم هلاكه بعد العلم بمقداره لا يفسد العقد اهـ قلت ولا يخفى ما فيه لان الوعاء اذا تحقق معرفة قدره لا يتعين قطعا والا فسد العقد بعد هلاكه ولا نزاع بعد معرفة قدره لامكان العدول الى ما عرف من مقداره

٨ قوله وفيه والقت القصة الخ هكذا بخطه والذى فى المصباح فى باب القاف والتاء ما نصه القت الفصفصة اذا يبست الخ ما قال وذكر فى باب الفاء والصاد وما يثلثهما ما نصه ٨ والفصفصة بكسر الفاءين الرطبة قبل أن تجف فاذا جفت زال عنها اسم الفصفصة وسميت القت والجمع فصافص اهـ فلعله سقط من قلم المؤلف الفاء والصاد الاخريان وليحرر اهـ مصححه

(و) لا فى (حطب بالحزم ورطبة بالجرز الا اذا اضبط بما لا يؤدى الى نزاع) وجاز وزنا فتح (وجوهر وخرز الا صغارا) لو تباع وزنا) لانه انما يعلم به (ومنقطع) لا يوجد فى الاسواق من وقت العقد الى وقت الاستحقاق ولو انقطع فى اقليم دون آخر لم يجز فى المنقطع ولو انقطع بعد الاستحقاق خير رب السلم بين انتظار وجوده والفسخ وأخذ ٢ رأس ماله (ولحم ولو منزوع عظم) وجوزاه اذا بين وصفه وموضعه لانه موزون معلوم وبه قالت الائمة الثلاثة وعليه الفتوى بحر وشرح مجمع لكن فى القهستانى أنه يصح فى المنزوع بلا خلاف انما الخلاف فى غير المنزوع فتنبه لكن صرح غيره بالروايتين فتدبر ولو حكم بجوازه صح اتفاقا بزازية وفى العينى انه قيمى عنده مثلى عندهما (و) لا (بمكيال وذراع مجهول) قيد فيهما وجوز الثانى فى الماء قربا للتعامل فتح

٢ مطلب
هل اللحم قيمى أو مثلى

(وبر قرية) بعينها (وثمر نخلة معينة الا اذا كانت النسبة لثمرة) أو نخلة أوقرية (لبيان الصفة) لا لتعيين الخارج كقمح مرجى أو بلدى بديارنا فالمانع والمقتضى العرف فتح (و) لا (فى حنطة حديثة قبل حدوثها) لانها منقطعة فى الحال وكونها موجودة وقت العقد الى وقت المحل شرط فتح وفى الجوهرة أسلم فى حنطة جديدة اوفى ذرة حديثة لم يجز لانه لايدرى أيكون فى تلك السنة شئ أم لا قلت وعليه فما يكتب فى وثيقة السلم من قوله جديد عامه مفسد له اى قبل وجود الجديد أما بعده فيصح كما لايخفى (وشرطه) اى شروط صحته التى تذكر فى العقد سبعة (بيان جنس) كبر اوتمر (و) بيان (نوع) كسقى أو بعلى (وصفة) كجيد أوردى (وقدر) ككذا كيلا لاينقبض ولاينبسط (وأجل وأقله) فى السلم (شهر) به يفتى وفى الحاوى لابأس بالسلم فى نوع واحد على أن يكون حلول بعضه فى وقت وبعضه فى وقت آخر (ويبطل) الاجل (بموت المسلم اليه لا بموت رب السلم فيؤخذ) المسلم فيه (من تركته حالا) لبطلان الاجل بموت المديون لا الدائن ولذا شرط دوام وجوده لتدوم القدرة على تسليمه بموته

فيسلمه بلا منازعة كما اذا هلك لان الكلام فيما عرف قدره ويظهر لى الجواب عن الهداية بأن قوله ولا بد الخ بيان لما يعرف قدره لا شرط زائد عليه ويكون المراد أنه اذا كان مما ينقبض وينكبس بالكبس لا يتقدر بعقد ارمعين لتفاوت الانقباض والكبس فيؤدى الى النزاع ولذا لم يجز البيع فيه حالا فكلام الزيلعى وارد على ما يتبادر من كلام الهداية من أنه شرط زائد على معرفة القدر وعلى ما قلنا فلا فاغتنم هذا التحرير (قوله الا اذا كانت النسبة لثمرة الخ) كان الاولى اسقاط قوله لثمرة او أنه يقول لثمرة أو بر الى نخلة أو قرية تأمل قال فى الفتح فلو كانت نسبة الثمرة الى قرية معينة لبيان الصفة لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه كالخشرانى ببخارى والسباخى وهى قرية حنطتها جيدة بفرغانة لا بأس به ولانه لا يراد خصوص النابت هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكماله فالسلم فيه وفى طعام العراق والشام سواء وكذا فى ديار مصر فى قمح الصعيد وفى الخلاصة والمجتبى وغيره لو أسلم فى حنطة بخارى اوسمرقند أو اسبيجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه ولو اسلم فى حنطة هراة لا يجوز أو فى ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها اذ الاضافة لتخصيص البقعة بخلاف اضافة الثوب لانها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان فلو أتى المسلم اليه بثوب نسج فى غير ولاية هراة من جنس الهروى يعنى من صفته ومؤنته اجبر رب السلم على قبوله فظهر أن المانع والمقتضى العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والا فلا اهـ ملخصا قلت ويظهر من هذا أن النسبة الى بلدة معينة كبخارى وسمرقند مثل النسبة الى قرية معينة فلا يصح الا اذا اريد بها الاقليم كالشام والعراق مثلا وعلى هذا فلو قال دمشقية لا يصح لانه لا يراد بدمشق الاقليم ولكن هل المراد ببخارى وسمرقند ودمشق خصوص البلدة أو هى وما يشمل قراها المنسوبة اليها فان كان المراد الاول فعدم الجواز ظاهر وان كان الثانى فله وجه لانها ليست اقليما ولكن لا يصح قول الشارح كقمح مرجى أو بلدى فان القمح المرجى نسبة الى المرج وهو كورة شرقى دمشق تشتمل على قرى عديدة مثل حوران وهى كورة قبلى دمشق وقراها اكثر وقمحها اجود من باقى كور دمشق والبلدى فى عرفنا غير الحورانى ولا شك أن ذلك كله ليس باقليم فان الاقليم واحد أقاليم الدنيا السبعة كما فى القاموس وفى المصباح يقال الدنيا سبعة أقاليم وقد يقال ليس مرادهم خصوص الاقليم المصطلح بل ما يشمل القطر والكورة فانه لا يتوهم انقطاع طعام ذلك بكماله فيصح اذا قال حورانية او مرجية وبه يصح كلام الشارح تأمل (قوله فالمانع الخ) تقدم آنفا بيانه فيما لو أسلم فى حنطة هراة أو ثوب هراة (قوله الى وقت المحل) بفتح فكسر مصدر ميمى بمعنى الحلول (قوله لانه لا يدرى الخ) هذا التعليل مخالف للتعليل المار عن الفتح وعزاه الى شرح الطحاوى قال فى النهر وهو أولى لان مقتضى هذا أنه لو عين جديد اقليم كجديدة من الصعيد مثلا أن يصح اذ لا يتوهم عدم طلوع شئ فيه أصلا اهـ يعنى وهذا المقتضى غير مراد لمنافاته للشرط المار (قوله قلت الخ) القول والتقييد الذى بعده لصاحب البحر (قوله اى شروط صحته) أشار الى أن الاضافة فى شرطه للجنس فيصدق على الواحد والاكثر (قوله التى تذكر فى العقد) أفاد أن له شروطا أخر سكت عنها المصنف لانها لا يشترط ذكرها فيه بل وجودها نهر وذلك كقبض رأس المال ونقده وعدم الخيار وعدم علتى الربا لكن ذكر المصنف من الشروط قبض رأس المال قبل الافتراق مع أنه ليس مما يشترط ذكره فى العقد (قوله سبعة) اى اجمالا والا فالاربعة الاول منها تشترط فى كل من رأس المال والمسلم فيه فهى ثمانية بالتفصيل بحر وسيأتى وفيه عن المعراج انما يشترط بيان النوع فى رأس المال اذا كان فى البلد نقود مختلفة والا فلا وفيه عن الخلاصة لا يشترط بيان النوع فيما لا نوع له (قوله كبر أو تمر) ومن قال كصعيدية او بحرية فقد وهم وانما هو من بيان النوع كما فى البحر (قوله كسقى) هو ما يسقى سيحا اى بالماء الجارى (قوله وبعلى) هو ما سقته السماء قاموس (قوله لا ينقبض ولا ينبسط) كالصاع مثلا بخلاف الجراب والزنبيل (قوله وأجل) فان أسلما حالا ثم ادخل الاجل قبل الافتراق وقبل استهلاك رأس المال جاز اهـ ط عن الجوهرة (قوله فى السلم) احترازا عن خيار الشرط ولا حاجة اليه (قوله به يفتى) وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم وقيل ينظر الى العرف فى تأجيل مثله والاول اى ما فى المتن اصح وبه يفتى زيلعى وهو المعتمد بحر وهو المذهب نهر (قوله ولذا شرط الخ) اى لكونه يؤخذ من تركته حالا اشترط الخ وحاصله بيان فائدة اشتراطهم عدم انقطاعه فيما بين العقد والمحل وذلك فيما لو مات المسلم اليه وقوله لتدوم الخ علة لقوله

(و) بيان (قدر رأس المال) ان تعلق العقد بمقداره كما (فى مكيل وموزون وعددى غير متفاوت) واكتفيا بالاشارة كما فى مذروع وحيوان قلنا ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى ردّ رأس المال ابن كمال وقد ينفق بعضه ثم يجد باقيه معيبا فيردّه ولا يستبدله رب السلم فى مجلس الردّ فينفسخ العقد فى المردود ويبقى فى غيره فتلزم جهالة المسلم فيه فيما بقى ابن ملك فوجب بيانه (و) السابع بيان (مكان الايفاء) للمسلم فيه (فيما له حمل) ومؤنة ومثله الثمن والاجرة والقسمة وعينا مكان العقد وبه قالت الثلاثة كبيع وقرض واتلاف وغصب قلنا هذه واجبة التسليم فى الحال بخلاف الاوّل (شرط الايفاء فى مدينة فكل محلاتها سواء فيه) أى فى الايفاء (حتى لو أوفاه فى محلة منها برئ) وليس له أن يطالبه فى محلة أخرى بزازية وفيها قبله شرط حمله الى منزله بعد الايفاء فى المكان المشروط لم يصح لاجتماع الصفقتين الاجارة والتجارة (وما لا حمل له كمسك وكافور وصغار لؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء) اتفاقا (ويوفيه حيث شاء) فى الاصح وصحح ابن كمال مكان العقد (ولو عين فيما ذكر (مكانا تعين فى الاصح) فتح لانه يفيد سقوط خطر الطريق (و) بقى من الشروط

اشترط وقوله بموته الباء للسببية متعلقة بتسليمه والموت فى الحقيقة ليس سببا للتسليم بل للحلول الذى هو سبب التسليم فهو سبب السبب (قوله ان تعلق العقد بمقداره) بأن تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه فتح اى بأن يقابل النصف بالنصف والربع بالربع وهكذا وذلك انما يكون فى الثمن المثلى (قوله واكتفيا بالاشارة الخ) فلو قال اسلمت اليك هذه الدراهم فى كرّ برّ ولم يدر وزن الدراهم أو قال اسلمت اليك هذا البرّ فى كذا منّا من الزعفران ولم يدر قدر البرّ لا يصح عنده وعندهما يصح وأجمعوا على أنّ رأس المال اذا كان ثوبا أو حيوانا يصير معلوما بالاشارة درر (قوله كما فى مذروع وحيوان) لانّ الذرع وصف فى المذروع والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو نقص ذراعا أو تلف بعض أعضاء الحيوان لا ينقص من المسلم فيه شئ بل المسلم اليه بالخيار ان شاء رضى به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب وتمامه فى الفتح (قوله قلنا الخ) هو جواب عن قولهما بأنه لا يلزم بيان قدر رأس المال ولو فى مكيل ونحوه بل تكفى الاشارة اليه لانّ المقصود حصول التسليم بلا منازعة (قوله فيحتاج الى ردّ رأس المال) أى فاذا كان غير معلوم القدر أدّى الى المنازعة (قوله ولا يستبدله الخ) أى لا يتيسر له ذلك فى المجلس وربما يكون الزيوف اكثر من النصف فاذا ردّه واستبدل بها فى المجلس يفسد السلم لانه لا يجوز الاستبدال فى اكثر من النصف عنده خلافا لهما كما فى الفتح (قوله فى مجلس الردّ) كذا فى الفتح وفى بعض النسخ فى مجلس العقد والصواب الاوّل (تنبيه) من فروع المسألة ما لو أسلم فى جنسين كمائة درهم فى كرّ حنطة وكرّ شعير بلا بيان حصة واحد منهما من رأس المال لم يصح فيهما لانقسامه عليهما بالقيمة وهى تعرف بالحزر وكذا لو أسلم جنسين كدراهم ودنانير فى كرّ حنطة وبين قدر أحدهما فقط لبطلان العقد فى حصة ما لم يعلم قدره فيبطل فى الآخر أيضا لاتحاد الصفقة بحر وغيره (قوله للمسلم فيه) احترازعن رأس المال فانه يتعين مكان العقد لايفائه اتفاقا بحر (قوله فيما له حمل) بفتح الحاء أى ثقل يحتاج فى حمله الى ظهر وأجرة حمال نهر (قوله ومثله الثمن والاجرة والقسمة) بأن اشترى أو استأجر دارا بمكيل أو موزون موصوف فى الذمة أو اقتسما وأخذ أحدهما اكثر من نصيبه والتزم بمقابلة الزائد بمكيل أو موزون كذلك الى أجل فعنده يشترط بيان مكان الايفاء وهو الصحيح وعندهما لا يشترط نهر (قوله وعينا مكان العقد) أى ان امكن التسليم فيه بخلاف ما اذا كان فى مركب أو جبل فيجب فى أقرب الاماكن التى يمكن فيها بحر وفتح والمختار قول الامام كما فى الدر المنتقى عن القهستانى (قوله كبيع الخ) أى لو باع حنطة أو استقرضها أو اتلفها أو غصبها فانه يتعين مكانها لتسليم المبيع والقرض وبدل المتلف وعين المغصوب (قوله واجبة التسليم فى الحال) فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه بحر بخلاف الاوّل أى السلم فانه غير واجب فى الحال فلا يتعين مكانه فيفضى الى المنازعة لانّ قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بدّ من البيان وتمامه فى الفتح (قوله فكل محلاتها سواء فيه) قيل هذا اذا لم تبلغ نواحيه فرسخا فان بلغته فلا بدّ من بيان ناحية منه فتح وبحر وجزم به فى النهر (قوله وفيها قبله) أى فى البزازية قبل ما ذكر (قوله بعد الايفاء) قيد به لانه لو شرط الايفاء فقط أو الحمل فقط أو الايفاء بعد الحمل جاز ولو شرط الايفاء بعد الايفاء كشرط أن يوفيه فى محلة كذا ثم يوفيه فى منزله لم يجز على قول العامة كما فى البحر (قوله الاجارة) أى التى تضمنها شرط الحمل بعد الايفاء والتجارة أى الشراء المقصود بالعقد وهذا بدل من الصفقتين بدل مفصل من مجمل (قوله وما لا حمل له الخ) هو الذى لا يحتاج فى حمله الى ظهر وأجرة حمال وقيل هو الذى لو أمر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل ما يمكن رفعه بيد واحدة اهـ ح عن النهر (قوله كمسك وكافور) يعنى القليل منه والا فقد يسلم فى أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا فتح وأراد بالقليل ما لا يحتاج الى ظهر وأجرة حمال فافهم (قوله وصحح ابن كمال مكان العقد) نقل تصحيحه عن المحيط السرخسى وكذا نقله عنه فى البحر وجزم به فى الفتح لكن المتون على الاوّل وصححه فى الهداية والملتقى (قوله فيما ذكر) أى فيما لا حمل له ولا مؤنة (قوله لانه يفيد سقوط خطر الطريق) هذا التعليل مذكور فى الفتح أيضا تبعا للهداية ومعناه انه اذا تعين المكان وأوفاه فى مكان آخر يلزم المسلم اليه نقله الى المكان المعين فاذا اهلك فى الطريق يهلك عليه فيكون رب السلم قد سقط عنه خطر الطريق بذلك بخلاف ما اذا لم يتعين فانه اذا نقل بعد الايفاء الى المكان المعين يكون هلاكه على رب السلم (قوله وبقى من الشروط) انما غاير التعبير لانّ هذه

(قبض رأس المال) ولو عينا (قبل الافتراق) بأبدانهما وان ناما أو سارا فرسخا او اكثر ولو دخل ليخرج الدراهم ان توارى عن المسلم اليه بطل وان بحيث يراه لا وصحت الكفالة والحوالة والارتهان برأس مال السلم بزازية (وهو شرط بقائه على الصحة لا شرط انعقاده بوصفها) فينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق بلا قبض (ولو أبى المسلم اليه قبض رأس المال أجبر عليه) خلاصة وبقي من الشروط كون رأس المال منقودا وعدم الخيار وأن لا يشمل البدلين احدى علتي الربا وهو القدر المتفق أو الجنس لان حرمة النساء تتحقق به وعدها العيني تبعا للغاية سبعة عشر

الشروط الآتية ليست مما يشترط ذكرها في العقد بل وجودها ط (قوله قبض رأس المال) فلو انتقض القبض بطل السلم كما لو كان عينا فوجده معيبا أو مستحقا ولم يرض بالعيب أو لم يجز المستحق أو دينا فاستحق ولم يجزه واستبدل بعد المجلس فلو قبله صح أو وجده زيوفا أو نبهرجة وردها بعد الافتراق سواء استبدلها في مجلس الرد أو لا فلو قبله واستبدلها في المجلس أو رضي بها ولو بعد الافتراق صح والكثير كالكل وفي تحديده روايتان ما زاد على الثلث أو ما زاد على النصف وان وجده ستوقة أو رصاصا فان استبدلها في المجلس صح وان بعد الافتراق بطل وان رضي بها لانها غير جنس حقه بحر ملخصا (قوله ولو عينا) هو جواب الاستحسان وفي الواقعات باع عبدا بثوب موصوف الى أجل جاز لوجود شرط السلم فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل لانه يصير سلما في حق الثوب بيعا في حق العبد ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض وكما في قول المولى ان اديت الي ألفا فأنت حر اه نهر قلت والظاهر أن هذا مفرع على جواب القياس تأمل (قوله وصحت الكفالة والحوالة الخ) أي فله مطالبة الكفيل والمحتال عليه فان قبض المسلم اليه رأس المال من المحتال عليه أو الكفيل أو رب السلم في مجلس العاقدين صح وبعده بطل السلم والحوالة والكفالة وفي الرهن ان هلك الرهن في المجلس فلو قيمته مثل رأس المال أو أكثر صح ولو أقل صح العقد بقدره وبطل في الباقي وان لم يهلك حتى افترقا بطل السلم وعليه رد الرهن لصاحبه بحر عن البدائع ملخصا (قوله برأس مال السلم) وكذا الكفالة بالمسلم فيه صرح به في منية المفتي وما سيأتي في الكفالة من انها لا تصح في المبيع لانه مضمون بغيره وهو الثمن فذاك في بيع العين وهذا بيع الدين أفاده في حواشي مسكين أي فان عقد السلم لا ينفسخ بهلاك قدر المسلم فيه قبل قبضه لان له أن يقيم غيره مقامه لعدم تعينه بخلاف هلاك المبيع العين قبل قبضه فانه مضمون بغيره وهو الثمن فيسقط عن المشتري وسمي الثمن غيرا لان المضمون بالقيمة مضمون بعينه حكما وفي البحر عن ايضاح الكرماني لو أخذ بالمسلم فيه رهنا وسلطه على بيعه فباعه ولو بغير جنس المسلم فيه جاز (قوله وهو شرط بقائه على الصحة) هو الصحيح وستأتي فائدة الاختلاف في الصرف بحر وعبارته في الصرف وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف فهل يفسد فيما ليس بصرف عند أبي حنيفة فعلى القول الضعيف يتعدى الفساد وعلى الاصح لا كذا في الفتح اه (قوله بوصفها) أي وصف الصحة والاضافة بيانية (قوله كون رأس المال منقودا) أي نقده الصيرفي ليعرف جيده من الرديء وليس المراد بالنقد القبض فانه شرط آخر قد مر أفاده في البحر وفائدة اشتراطه كما في الغاية الاحتراز عن الفساد لانه اذا رد بعضه بعيب الزيافة ولم يتفق الاستبدال في مجلس الرد انفسخ العقد بقدر المردود واستشكله في البحر بأن هذه الفائدة ذكرت في تعليل قول الامام ان بيان قدر رأس المال شرط ولا تكفي الاشارة اليه كما مر ومفاده عدم اشتراط الانتقاد أولا وذكر قبله أن اشتراط الانتقاد يغني عن اشتراط بيان القدر وحاصله أن أحدهما يكفي عن الآخر وأجاب في النهر بأن بيان القدر لا يدفع توهم الفساد المذكور أي فلا بد من اشتراط الانتقاد قلت ويرد على هذا الشرط أيضا انه تقدم انه لو وجدها زيوفا فرضي بها صح مطلقا ولو ستوقة لا الى آخر ما مر ومفاده أن الضرر جاء من عدم التبديل في المجلس لا من عدم الانتقاد على أن النقاد قد يخطئ وأيضا فان رأس المال قد يكون مكيلا أو موزونا ويظهر بعضه معيبا فيرده بعد هلاك البعض ويلزم الجهالة كما مر فلا بد ح من ذكر الشرطين تأمل (قوله وعدم الخيار) أي خيار الشرط فان أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم في يد المسلم اليه صح وان هالكا لا ينقلب صحيحا بحر عن البزازية (تنبيه) لا يثبت في السلم خيار الرؤية لانه لا يثبت فيما ملكه دينا في الذمة كما في جامع الفصولين ومر أول خيار الرؤية (قوله وهو القدر المتفق) ذكر الضمير باعتبار الخبر واحترز بالمتفق عن القدر المختلف كاسلام نقود في حنطة وكذا في زعفران ونحوه فان الوزن وان تحقق فيه الا أن الكيفية مختلفة كما تقدم في الربا أفاده ط وكذا اسلام الحنطة في الزيت فانه جائز كما مر هناك عن ابن كمال (قوله سبعة عشر) ستة في رأس المال وهي بيان جنسه ونوعه وصفته وقدره ونقده وقبضه قبل الافتراق وأحد عشر في المسلم فيه وهي الاربعة الاول وبيان مكان ايفائه وأجله وعدم انقطاعه وكونه مما يتعين بالتعيين وكونه مضبوطا بالوصف كالاجناس الاربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب وواحد يرجع الى العقد وهو كونه باتا ليس فيه خيار شرط وواحد بالنظر للبدلين وهو عدم شمول احدى علتي الربا البدلين منح بتصرف ط (قوله القدرة

على تحصيل المسلم فيه) لاحاجة اليه مع اشتراط عدم الانقطاع قال فى النهر والقدرة على تحصيله بأن لا يكون منقطعا اهـ ح وأما القدرة بالفعل فى الحال فليست شرطا عندنا ومعلوم انه لو اتفق عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم قاله الكمال ط (قوله والمكوك صاع ونصف) والصاع ثمانية ارطال بالبغدادى كل رطل مائة وثلاثون درهما ط قلت فيكون القفيز اثنى عشر صاعا والكر سبعمائة وعشرين صاعا والصاع نصف مد شامى تقريبا فالكر أربع غرائر ونصف غرارة كل غرارة ثمانون مدا شاميا (قوله حال كون المائتين) أشار به الى أن مائة فى الموضعين نصب على الحال بتأويل مقسومة هذه القسمة وتجوز البدلية اهـ ح (قوله دينا عليه) صفة لمائة نهر أو بدل عينى وهو احتراز عما اذا كانت دينا على أجنبى كما يأتى قال فى النهر والتقييد باضافة العقد اليهما أى الى المائتين المذكورتين ليس احترازيا لانه لو أضافه الى مائتين مطلقا ثم جعل المائة قصاصا بما فى ذمته من الدين فالحكم كذلك فى الاصح اهـ (قوله لانه طار) أى عرض بالافتراق قبل القبض لما مر أن القبض شرط لبقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاد (قوله ولو احداهما دنانير) محترز قول المصنف مائتى درهم الخ حيث فرض المسألة بكون مائتى الدين والنقد متحدى الجنس لانه لو اختلفا بأن أسلم مائة درهم نقدا وعشرة دنانير دينا أو بالعكس لا يجوز فى الكل أما حصة الدين فلما مر وأما حصة العين فلجهالة ما يخصه وهذا عنده وعندهما يجوز فى حصة النقد كما فى الزيلعى والخلاف مبنى على اعلام قدر رأس المال بحر (قوله أو على غير العاقدين) محترز قوله مائة دينا عليه فلو قال أسلمت اليك هذه المائة والمائة التى لى على فلان بطل فى الكل وان نقد الكل لاشتراط تسليم الثمن على غير العاقد وهو مفسد مقارن فتعدى بحر (قوله قبل قبضه) أى قبض ما ذكر من رأس المال أو المسلم فيه أما الاول فلما فيه من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق وأما الثانى فلانه بيع منقول وقدمنا أن التصرف فيه قبل القبض لا يجوز نهر (قوله بنحو بيع الخ) متعلق بالتصرف وذكره البيع مستدرك بقوله بعده ومرابحة وتولية تأمل (قوله وشركة) صورته أن يقول رب السلم لآخر أعطنى نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك بحر (قوله ومرابحة وتولية) صورة التولية أن يقول لآخر أعطنى مثل ما أعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك بحر عن الايضاح والمرابحة أن يأخذ زيادة على ما أعطى وقيل يجوز كل من المرابحة والتولية قبل القبض وبه جزم فى الحاوى قال فى البحر وهو قول ضعيف والمذهب منعهما (قوله ولو ممن عليه) فلو باع رب السلم المسلم فيه من المسلم اليه بأكثر من رأس المال لا يصح ولا يكون اقالة بحر عن القنية وانظر ما فائدة التقييد بالاكثر وتقدم أول فصل التصرف فى المبيع أن بيع المنقول من بائعه قبل قبضه لا يصح ولا ينتقض به البيع الاول بخلاف هبته منه لانها مجاز عن الاقالة (قوله حتى لو وهبه منه الخ) فى المبسوط لو أبرأ رب السلم المسلم اليه عن طعام السلم صح ابراؤه فى ظاهر الرواية وروى الحسن انه لا يصح ما لم يقبل المسلم اليه فان قبله كان فسخا العقد السلم ولو أبرأ المسلم اليه رب السلم من رأس المال وقبل الابراء يبطل السلم فان رده لا والفرق أن المسلم فيه لا يستحق قبضه فى المجلس بخلاف رأس المال نهر قال فى البحر والحاصل أن التصرف المنفى فى المتن شامل للبيع والاستبدال والهبة والابراء الا أن فى الهبة والابراء يكون مجازا عن الاقالة فيرد رأس المال كلا أو بعضا ولا يشمل الاقالة لانها جائزة ولا التصرف فى الوصف من دفع الجيد مكان الردىء والعكس اهـ (قوله اقالة بعض السلم جائزة) أى لو أقاله عن نصف المسلم فيه أو ربعه مثلا جاز ويبقى العقد فى الباقى قال فى البحر واحترز به عن الاقالة على مجرد الوصف بأن كان المسلم فيه جيدا فتقايلا على الردىء على أن يرد المسلم اليه درهما لا يجوز عندهما خلافا لابى يوسف فى رواية فيجوز عنده لا بطريق الاقالة بل بطريق الحط عن رأس المال اهـ قال الرملى وفيه صراحة بجواز الحط عن رأس المال وتجوز الزيادة فيه والظاهر فيها اشتراط قبضها قبل التفرق بخلاف الحط وقدمنا انه لا تجوز الزيادة فى المسلم فيه ويجوز الحط اهـ (قوله بعد الاقالة) أفاد أن الاقالة جائزة فى السلم مع أن شرط الاقالة قيام المبيع لان المسلم فيه وان كان دينا حقيقة فله حكم العين ولذا لم يجز الاستبدال به قبل قبضه واذا صحت فان كان رأس المال عينا ردت وان كانت هالكة رد المثل أو القيمة لو قيمية وتقدم تمامه فى بابها (قوله فلو كان فاسدا جاز الاستبدال) لان رأس ماله فى يد البائع كمغصوب منح عن جامع الفصولين لكن لا يخفى أن جواز الاستبدال لا يدل على جواز التصرف بالشراء كما هو موضوع المسألة

وزاد المصنف وغيره القدرة على تحصيل المسلم فيه ثم فرع على الشرط الثامن بقوله (فان اسلم مائتى درهم فى كر) بضم فتشديد ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف عينى (بر) حال كون المائتين مقسومة (مائة دينا عليه) أى على المسلم اليه (ومائة نقدا) نقدها رب السلم (وافترقا) على ذلك (فالسلم فى حصة (الدين باطل) لانه دين بدين وصح فى حصة النقد ولم يشع الفساد لانه طار حتى لو نقد الدين فى مجلسه صح فى الكل ولو احداهما دنانير أو على غير العاقدين فسد فى الكل (ولا يجوز التصرف) للمسلم اليه (فى رأس المال و) لا لرب السلم فى (المسلم فيه قبل قبضه بنحو بيع وشركة) ومرابحة (وتولية) ولو ممن عليه حتى لو وهبه منه كان اقالة اذا قبل وفى الصغرى اقالة بعض السلم جائزة (ولا) يجوز لرب السلم (شراء شىء من المسلم اليه برأس المال بعد الاقالة) فى عقد السلم الصحيح فلو كان فاسدا جاز الاستبدال

كما يظهر لك قريبا (قوله كسائر الديون) أى كدين مهر وأجرة وضمان متلف ونحو ذلك سوى صرف وسلم لكن التصرّف فى الدين لا يجوز الا بتمليكه ممن هو عليه بهبة أو وصية أو بيع أو اجارة لا من غيره الا اذا سلطه على قبضه وقدمنا تمام الكلام عليه فى فصل التصرّف فى المبيع والثمن (قوله قبل قبضه) أى قبض رب السلم رأس المال من المسلم اليه (قوله بحكم الاقالة) أى قبضا كائنا بحكم الاقالة لا بحكم عقد السلم لانّ رأس المال مقبوض فى يد المسلم اليه والا لم تصح الاقالة لعدم صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام الخ) رواه بمعناه أبو داود وابن ماجه وحسنه الترمذى وتمامه فى الفتح (قوله فامتنع الاستبدال) فصار رأس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فيأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره فحكم رأس المال بعدها كحكمه قبلها الا انه لا يجب قبضه فى مجلسها كما كان يجب قبلها لكونها ليست بيعا من كل وجه ولهذا جاز ابراؤه عنه وان كان لا يجوز قبلها بحر وقدّم الشارح فى باب الاقالة عن الاشباه أنّ رأس المال بعدها كهو قبلها الا فى مسألتين الخ (قوله حيث يجوز الاستبدال عنه) لانه لا يتعين بالتعيين فلو تبايعا دراهم بدنانير جاز استبدالها قبل القبض بأن يمسكا ما أشارا اليه فى العقد ويؤديا بدله قبل الافتراق كما سيأتى فى باب الصرف واحترز بالاستبدال عن التصرّف فيه لما سيأتى هنالك انه لا يتصرّف فى ثمن الصرف قبل قبضه فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها قبل قبضها ثوبا فسد بيع الثوب وبهذا ظهر أن قول المصنف بخلاف الصرف غير منتظم لانّ الكلام قبله فى الشراء برأس المال قبل قبضه والصرف مثله فى ذلك كما علمت وظهر أيضا أنّ قول الشارح لجواز تصرّفه فيه غير صحيح لان الجائز هو الاستبدال ببدل الصرف دون التصرّف فيه كما هو مصرّح به فى المتون فكان على المصنف أن يقول ولا يشترط قبض رأس المال فى مجلس الاقالة ولا يجوز الاستبدال عنه بخلاف الصرف وأصل المسألة فى البحر حيث قال قيد بالسلم لانّ الصرف اذا تقايلاه جاز الاستبدال عنه ويجب قبضه فى مجلس الاقالة بخلاف السلم وقال قبله وفى البدائع قبض رأس المال شرط حال بقاء العقد لا بعد ارتفاعه باقالة أو غيرها وقبض بدل الصرف فى مجلس الاقالة شرط لصحتها كقبضه فى مجلس العقد ووجه الفرق أن القبض فى مجلس العقد فى البدلين ما شرط لعينه بل للتعيين وهو أن يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين ولا حاجة الى التعيين فى مجلس الاقالة فى السلم لانه لا يجوز استبداله فتعود اليه عينه فلا تقع الحاجة الى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل الا بالقبض لان استبداله جائز فلا بدّ من شرط القبض فى المجلس للتعيين اهـ (قوله ولو شرى المسلم اليه فى كرّ الخ) صورته أسلم رجلا مائة درهم فى كرّ حنطة فاشترى المسلم اليه كرّا وأمر رب السلم بقبضه لم يصح حتى يكاله رب السلم مرّتين مرّة عن المسلم اليه ومرّة عن نفسه قال فى البحر قيد بالشراء لانّ المسلم اليه لو ملك كرّا بارث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم واكتاله مرّة جاز لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل وقيد بالكرّ لانه لو اشترى حنطة مجازفة فاكتالها مرّة جاز لما قلنا وأشار بالكرّ المكيل الى أنّ الموزون كذلك وكذا المعدود اذا اشتراه بشرط العدّ وفى البناية أن فيه روايتين (قوله قضاء) مفعول لاجله (قوله للزوم الكيل مرّتين) لانه اجتمع صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين المشترى منه وصفقة بين المسلم اليه وبين رب السلم بشرط الكيل فلا بدّ منه مرّتين بحر حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم اليه وللمسلم ان يطالبه بحقه نهر (قوله وصح لو كان الكرّ قرضا) صورته استقرض المسلم اليه كرّا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض وكذا لو استقرض رجل كرّا ثم اشترى كرّا وأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه كما فى البحر (قوله لانه) أى القرض اعارة حتى ينعقد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديرا بحر (قوله ثم لنفسه) الشرط أن يكيله مرّتين وان لم يتعدد الامر حتى لو قال اقبض الكرّ الذى اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكاله ثم أعاد كيله صار قابضا ولفظ الجامع يفيده بحر عن الفتح (قوله لزوال المانع) علة لصح (قوله أى المسلم اليه) تفسير للضمير المتصل المنصوب (قوله فى ظرفه) أى ظرف رب السلم ويفهم منه حكم ما اذا أمره بكيله فى ظرف المسلم اليه بالاولى بحر وهذا اذا لم يكن فى الظرف طعام لرب السلم فلو فيه طعامه ففى المبسوط الاصح عندى انه يصير قابضا لان أمره بخلطه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا فتح (قوله فيصير قابضا بالتخلية) أى سواء كان الظرف له أو للبائع أو مستأجرا وبه صرّح الفقيه أبو الليث بحر عن البناية (قوله بذلك) أى بكيله

كسائر الديون (قبل قبضه) بحكم الاقالة لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك أى الا سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال (بخلاف) بدل (الصرف حيث يجوز الاستبدال عنه) لكن (بشرط قبضه فى مجلس الاقالة) لجواز تصرّفه فيه بخلاف السلم (ولو شرى) المسلم اليه فى كرّ (كرّا وأمر) المشترى (رب السلم بقبضه قضاء) عما عليه (لم يصح) للزوم الكيل مرّتين ولم يوجد (وصح لو) كان الكرّ قرضا و (أمر مقرضه به) لانه اعارة لا استبدال (كما) صح (لو أمر) المسلم اليه (رب السلم بقبضه منه له ثم لنفسه ففعل) فاكاله مرّتين لزوال المانع (أمره) اى المسلم اليه (رب السلم ان يكيل المسلم فيه فى ظرفه) أى وعاء رب السلم (بغيبته لم يكن قبضا) أما بحضرته فيصير قابضا بالتخلية (او أمر) المشترى (البائع بذلك

فى ظرفه (قوله ظرف البائع) بدل من قوله ظرفه (قوله لم يكن قبضا لحقه) لان رب السلم حقه فى الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للظرف جاعلا فيه ملك نفسه كالدائن اذا دفع كيسا الى المدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه لم يصر قابضا وفى مسألة البيع يكون المشترى استعار ظرف البائع ولم يقبضه فلا يصير بيده فكذا ما يقع فيه فصار كما لو أمره أن يكيله فى ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه فى يد البائع بحر (قوله لان حقه فى العين) لانه ملكه بنفس الشراء فيصح أمره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله فى الظرف ويكون البائع وكيلا فى امساك الظرف فيكون الظرف والواقع فيه فى يد المشترى حكما قال فى الهداية ألا ترى انه لو أمره بالطحن كان الطحين فى السلم للمسلم اليه وفى الشراء للمشترى لصحة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه فى البحر فى السلم يهلك من مال المسلم اليه وفى الشراء من مال المشترى اهـ قال فى النهر وأورد أنه لو وكل البائع بالقبض صريحا لم يصح فعدم الصحة هنا أولى وأجيب بأنه لما صح أمره لكونه مالكا صار وكيلا له ضرورة وكم من شئ يثبت ضمنا لا قصدا (قوله كيل العين) مبتدأ وجعلهما معطوف عليه وقوله قبض خبره وصورة المسألة رجل أسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى رب السلم من المسلم اليه كر حنطة بعينها ودفع رب السلم ظرفا الى المسلم اليه ليجعل الكر المسلم فيه والكر المشترى فى ذلك الظرف فان بدأ بكيل العين المشترى فى الظرف صار قابضا للعين لصحة الامر فيه وللدين المسلم فيه لمصادفته ملكه كمن استقرض حنطة وأمر المقرض أن يزرعها فى أرضه وان بدأ بالدين لم يصر قابضا لشئ منهما أما الدين فلعدم صحة الامر فيه وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبى حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضى به لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما درر (قوله وقبضت) أى قبضها المسلم اليه قال فى النهر قيد بذلك لانهما لو تفرقا الا عن قبضها لم تصح الاقالة لعدم صحة السلم (قوله قبل قبضها) أى قبل أن يقبضها رب السلم بسبب الاقالة (قوله أو ماتت) عطف على قوله السابق فتقايلا فيكون الموت بعد القبض (قوله صح) أى عقد الاقالة (قوله لبقاء المعقود عليه) لان الجارية رأس المال وهو فى حكم الثمن فى العقد والمبيع هو المسلم فيه وصحة الاقالة تعتمد قيام المبيع لا الثمن كما مر فهلاك الامة لا يغير حال الاقالة من البقاء فى الاولى والصحة فى الثانية درر (قوله وعليه قيمتها) لانه اذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فوجب عليه ردها وقد عجز عنه فوجب رد قيمتها درر (قوله كذا الحكم فى المقايضة) هى بيع العين بالعين فتبقى الاقالة وتصح بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففى الباقى يعتبر المبيعية وفى الهالك الثمنية درر (قوله بخلاف الشراء بالثمن فيهما) أى فى المسألتين فاذا اشترى أمة بألف فتقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان الامة هى الاصل فى البيع فلا تبقى بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لعدم محلها درر (قوله فى السلم) أى وفى المقايضة (قوله بخلاف البيع) أى بالثمن (قوله تقايلا البيع الخ) تقدمت هذه المسألة فى باب الاقالة متنا (قوله والقول لمدعى الرداءة) هذا صادق بما اذا قال أحدهما شرطنا رديأ فقال الآخر لم نشرط شيأ وبما اذا ادعى الآخر اشتراط الجودة وقال الآخر انا شرطنا رديأ والمراد الاول ولذا أردفه بقوله لا لنافى الوصف والاجل ولافادة أن الرداءة مثال حتى لو قال أحدهما شرطنا جيدا وقال الآخر لم نشرط شيأ فالحكم كذلك نهر والظاهر أن القول انما يقبل مع اليمين وقد صرح به فى مسألة الاجل الآتية ولا فرق يظهر (قوله وهو الرداءة) أى مثلا (قوله والاجل) بالجر عطفا على الوصف والاجل مدة الشئ والمراد به هنا التأجيل وهو تحديد الاجل بقرينة التعبير به قبله وادعى فى البحر أنه يتعين كون التأجيل بمعنى الاجل مجازا بدليل ما بعده ويظهر أن المتعين العكس كما قلنا لان المراد الاختلاف فى أصل التأجيل لا فى مقدار الاجل ويؤيده قول المصنف بعده ولو اختلفا فى مقداره (قوله والاصل أن من خرج كلامه تعنتا) بأن ينكر ما ينفعه كأن قال المسلم اليه شرطت لك رديأ وقال رب السلم لم نشترط شيأ فالقول للمسلم اليه لان رب السلم متعنت فى انكار الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال فى العادة وكذا لو قال رب السلم كان له أجل وأنكر المسلم اليه فهو متعنت فى انكاره حقا له وهو الاجل كما فى الهداية (قوله وان خرج خصومة) بأن أنكر ما يضره كعكس التصوير

فكاله فى ظرفه) ظرف البائع (لم يكن قبضا) لحقه (بخلاف كيله فى ظرف المشترى بأمره) فانه قبض لان حقه فى العين والاول فى الذمة (كيل العين) المشتراة (ثم) كيل (الدين) المسلم فيه وجعلهما (فى ظرف المشترى قبض بأمره) لتبعية الدين للعين (وعكسه) وهو كيل الدين أولا (لا) يكون قبضا وخيره بين نقض البيع والشركة (أسلم امة فى كر) بر (وقبضت فتقايلا) السلم (فماتت) قبل قبضها بحكم الاقالة (بقى) عقد الاقالة (أو ماتت فتقايلا صح) لبقاء المعقود عليه وهو المسلم فيه (وعليه قيمتها يوم القبض فيهما) فى المسألتين لانه سبب الضمان (كذا) الحكم فى (المقايضة بخلاف الشراء بالثمن فيهما) لان الامة أصل فى البيع والحاصل جواز الاقالة فى السلم قبل هلاك الجارية وبعده بخلاف البيع (تقايلا البيع فى عبد فابق) بعد الاقالة (من يد المشترى فان لم يقدر على تسليمه) للبائع (بطلت الاقالة والبيع بحاله) قنية (والقول لمدعى الرداءة والتأجيل لا لنافى الوصف) وهو الرداءة (والاجل) والاصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة

ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدّعى الصحة عندهما وعنده للمنكر (ولو اختلفا فى مقداره فالقول للطالب مع يمينه) لانكاره الزيادة (وأىّ برهن قبل وان برهنا قضى ببينة المطلوب) لاثباتها الزيادة (وان) اختلفا (فى مضيه فالقول للمطلوب) أى المسلم اليه بيمينه الا أن يبرهن الآخر وان برهنا فبينة المطلوب ولو اختلفا فى السلم تحالفا استحسانا فتح

(والاستصناع) هو طلب عمل الصنعة (بأجل) ذكر على سبيل الاستمهال لا الاستعجال فانه لا يصير سلما (سلم) فتعتبر شرائطه (جرى فيه تعامل أم لا) وقالا الاوّل استصناع (وبدونه) أى الاجل (فيما فيه تعامل) الناس كخف وقمقمة وطست) بمهملة [٢] وذكره فى المغرب فى الشين المعجمة وقد يقال طسوت [٣]

فى المسألتين فالقول لمدّعى الصحة عنده وهو رب السلم فى الاولى والمسلم اليه فى الثانية وعندهما الحكم كالاول كما قرّره فى الهداية وغيرها (قوله ووقع الاتفاق على عقد واحد) احترازعما اذا لم يتفقا على عقد واحد كما لو قال رب المال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لى نصف الربح فانّ القول لرب المال لانه ينكر استحقاق زيادة الربح وان تضمن ذلك انكار الصحة هذا عندهما وأمّا عنده فلان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فان مدّعى الفساد يدّعى اجارة ومدّعى الصحة يدّعى الشركة فكان اختلافهما فى نوع العقد بخلاف السلم فان السلم الحال وهو ما يدّعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر ولهذا يحنث فى يمينه لا يسلم فى شئ فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا فى صحته فالقول لمدّعى الصحة وتمامه فى الفتح (قوله فالقول لمدّعى الصحة عندهما وعنده للمنكر) كذا فى بعض النسخ وهو سبق قلم وعبارة الهداية وغيرها فالقول لمدّعى الصحة عنده وعندهما للمنكر وهو كذلك فى بعض النسخ (قوله فالقول للطالب) أى رب السلم فانه يطالب المسلم اليه بالمسلم فيه (قوله وأىّ برهن قبل) لكن برهان رب السلم وحده مؤكد لقوله لا مثبت لانّ القول له بدونه بخلاف برهان المسلم اليه وحده ولذا قضى ببينته اذا برهنا معا (قوله فالقول للمطلوب) لانكاره توجه المطالبة بحر (قوله وان برهنا فبينة المطلوب) لاثباتها زيادة الاجل فالقول قوله والبينة بينته بحر (قوله ولو اختلفا فى السلم تحالفا استحسانا) أى ويبدأ بيمين الطالب وأىّ برهن قبل وان برهنا فبرهان الطالب والمسألة على أوجه لانّ رأس المال امّا عين أو دين وعلى كل امّا أن يتفقا عليه ويختلفا فى المسلم فيه أو بالعكس أو يختلفا فيهما فان كان عينا واختلفا فى المسلم فيه فقط كقوله هذا الثوب فى كرّ حنطة وقال الآخر فى نصف كرّ أو فى شعير أو حنطة رديئة وبرهنا قدّم الطالب وان اختلفا فى رأس المال فقط هل هو ثوب أو عبد أو فيهما وبرهنا قضى بالسلمين وان كان دراهم واتفقا فيه فقط يقضى للطالب بسلم واحد عند الثانى خلافا لمحمد وكذا لو الاختلاف فى المسلم فيه فقط ولو فيهما كقوله عشرة دراهم فى كرّى حنطة وقال الآخر خمسة عشر فى كرّ وبرهنا فعند الثانى تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر فى كرّين وعند محمد يقضى بالعقدين اهـ فتح ملخصا (قوله هو لغة طلب الصنعة) أى أن يطلب من الصانع العمل ففى القاموس الصناعة ككتابة حرفة الصانع وعمله الصنعة اهـ فالصنعة عمل الصانع فى صناعته أى حرفته وأمّا شرعا فهو طلب العمل منه فى شئ خاص على وجه مخصوص يعلم مما يأتى وفى البدائع من شروطه بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته وأن يكون مما فيه تعامل وأن لا يكون مؤجلا والا كان سلما وعندهما المؤجل استصناع الا اذا كان مما لا يجوز فيه الاستصناع فينقلب سلما فى قولهم جميعا (قوله بأجل) متعلق بمحذوف حال من الاستصناع لكن فيه مجىء الحال من المبتدا وهو ضعيف ولا يصح كونه خبرا لانه لا يفيد بل الخبر هو قوله سلم والمراد بالاجل ما تقدّم وهو شهر فما فوقه قال المصنف قيدنا الاجل بذلك لانه اذا كان أقلّ من شهر كان استصناعا ان جرى فيه تعامل والا ففاسد ان ذكره على وجه الاستمهال وان كان للاستعجال بأن قال على أن تفرغ منه غدا أو بعد غد كان صحيحا اهـ ومثله فى البحر وغيره وسيذكره الشارح (قوله ذكر على سبيل الاستمهال الخ) كان الواجب عدم ذكر هذه الجملة لما علمت من أنّ المؤجل بشهر فأكثر سلم والمؤجل بدونه ان لم يجر فيه تعامل فهو استصناع فاسد الا اذا ذكر الاجل للاستعجال فصحيح كما أفاده ط وقد تبع الشارح ابن كمال (قوله سلم) أى فلا يبقى استصناعا كما فى التتارخانية فلذا قال الشارح فتعتبر شرائطه أى شرائط السلم ولهذا لم يكن فيه خيار مع أنّ الاستصناع فيه خيار لكونه عقدا غير لازم كما يأتى تحريره (قوله جرى فيه تعامل) كخف وطست وقمقمة ونحوها درر (قوله أم لا) كالثياب ونحوها درر (قوله وقالا الاوّل) أى ما فيه تعامل استصناع لانّ اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح وله انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى هداية (قوله وبدونه) متعلق بقوله صح الآتى ومقابل هذا قوله بعد ولم يصح فيما لم يتعامل به (قوله وذكره فى المغرب فى الشين المعجمة) هو خلاف ما فى الصحاح والقاموس والمصباح (قوله وقد يقال) أى فى جمعه وبيانه ما فى المصباح الطست قال ابن قتيبة أصلها طس فأبدلت من احد المضعفين تاء لانه يقال فى جمعها طساس كسهم وسهام

[٢] قوله قوله هو لغة طلب الصنعة هكذا بخطه مع أن الذى فى نسخ الشارح هو طلب عمل الصنعة فلعلها نسخة أخرى وليحرر اهـ مصححه

[٣] مطلب فى الاستصناع

(صح) الاستصناع (بيعا لاعدة) على الصحيح ثم فرع عليه بقوله فيجبر الصانع على عمله ولا يرجع الآمر عنه) ولو كان عدة لما لزم (والمبيع هو العين لا عمله) خلافا للبردعى (فان جاء) الصانع (بمصنوع غيره او بمصنوعه قبل العقد) فأخذه (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح (ولا يتعين المبيع (له) اى للآمر (بلا رضاه فصح بيع الصانع) لمصنوعه (قبل رؤية آمره) ولو تعين له لما صح بيعه (وله) اى للآمر (أخذه وتركه) بخيار الرؤية ومفاده أنه لا خيار للصانع بعد رؤية المصنوع له

وجمعت أيضا على طسوس باعتبار الاصل وعلى طسوت باعتبار اللفظ (قوله بيعا لاعدة) أى صح على انه بيع لاعلى انه مواعدة ثم ينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطى اذ لو كان كذلك لم يختص بما فيه تعامل وتمامه فى البحر قال فى النهر وأورد أن بطلانه بموت الصانع ينافى كونه بيعا وأجيب بأنه انما بطل بموته لشبهه بالاجارة وفى الذخيرة هو اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لاعند التسليم وأورد أنه لو انعقد اجارة لاجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى وأجيب بأنه انما لا يجبر لانه لا يمكنه الا باتلاف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا العذر ألا ترى أن الزارع له أن لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض اهـ ومثله فى البحر والفتح والزيلعى (قوله فيجبر الصانع على عمله) تبع فى ذلك الدرر ومختصر الوقاية وهو مخالف لما ذكرناه آنفا عن عدة كتب من انه لا جبر فيه ولقول البحر وحكمه الجواز دون اللزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لان العقد غير لازم اهـ ولما فى البدائع وأما صفته فهى أنه عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل كالبيع بالخيار للمتبايعين فان لكل منهما الفسخ وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء وأما اذا أحضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره وللمستصنع الخيار هذا جواب ظاهر الرواية وروى عنه ثبوته لهما وعن الثانى عدمه لهما والصحيح الاول اهـ وقال أيضا ولكل واحد منهما الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ثم اذا صار سلما راعى فيه شرائط السلم فان وجدت صح والالا اهـ وقال أيضا فان ضرب له أجلا صار سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم ولا خيار لواحد منهما اذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذى عليه فى السلم اهـ وذكر فى كافى الحاكم أن للصانع بيعه قبل أن يراه المستصنع ثم ذكر أن الاستصناع لا يصح فى الثوب وانه لو ضرب له أجلا وعجل الثمن جاز وكان سلما ولا خيار له فيه اهـ وفى التتارخانية ولا يجبر المستصنع على اعطاء الدراهم وان شرط تعجيله هذا اذا لم يضرب له اجلا فان ضرب قال ابو حنيفة يصير سلما ولا يبقى استصناعا حتى يشترط فيه شرائط السلم اهـ فقد ظهر لك بهذه النقول أن الاستصناع لا جبر فيه الا اذا كان مؤجلا بشهر فأكثر فيصير سلما وهو عقد لازم يجبر عليه ولا خيار فيه وبه علم أن قول المصنف فيجبر الصانع على عمله ولا يرجع الآمر عنه انما هو فيما اذا صار سلما فكان عليه ذكره قبل قوله وبدونه والا فهو مناقض لما ذكر بعده من اثبات الخيار للآمر ومن أن المعقود عليه العين لا العمل فاذا لم يكن العمل معقودا عليه كيف يجبر عليه وأما ما فى الهداية عن المبسوط من انه لا خيار للصانع فى الاصح فذاك بعد ما صنعه ورآه الآمر كما صرح به فى الفتح وهو ما مر عن البدائع والظاهر أن هذا منشأ توهم المصنف وغيره كما يأتى وبعد تحريرى لهذا المقام رأيت موافقته فى الفصل الرابع والعشرين من نور العين اصلاح جامع الفصولين حيث قال بعد أن أكثر من النقل فى اثبات الخيار فى الاستصناع فظهر أن قول الدرر تبعا للخزانة المفتى ان الصانع يجبر على عمله والآمر لا يرجع عنه سهو ظاهر اهـ فاغتنم هذا التحرير ولله الحمد (قوله والمبيع هو العين لا عمله) اى أنه بيع عين موصوفة فى الذمة لا بيع عمل اى لا اجارة على العمل لكن قدمنا أنه اجارة ابتداء بيع انتهاء تأمل (قوله خلافا للبردعى) بالباء الموحدة وسكون الراء وفتح الدال المهملة وفى آخره عين مهملة نسبة الى بردعة بلدة من أقصى بلاد اذربيجان وهو أحمد بن الحسين ابو سعيد من الفقهاء الكبار قتل فى وقعة القرامطة مع الحاج سنة سبع عشرة وثلثمائة وتمام ترجمته فى طبقات عبد القادر (قوله بمصنوع غيره) اى بما صنعه غيره (قوله فأخذه) اى الآمر (قوله بلا رضاه) اى رضى الآمر أو رضى الصانع (قوله قبل رؤية آمره) الاولى قبل اختياره لان مدار تعينه له على اختياره وهو يتحقق بقبضه قبل الرؤية ابن كمال (قوله ومفاده الخ) قدمنا التصريح بهذا المفاد عن البدائع وعلله بأن الصانع بائع ما لم يره ولا خيار له ولانه باحضاره أسقط خيار نفسه الذى كان له قبله فبقى خيار صاحبه على حاله اهـ وفى الفتح وأما بعد ما رآه فالاصح أنه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لانه بالآخرة بائع اهـ وهذا هو المراد من نفى الخيار فى المبسوط فقول المصنف فى المنح ولا خيار للصانع كذا ذكره فى المبسوط فيجبر على العمل لانه باع ما لم يره الخ صوابه أن يقول فيجبر على التسليم لان الكلام بعد العمل وأيضا فالتعليل لا يوافق المعلل على ما فهمه وهذا هو منشأ ما ذكره فى متنه اولا وقد علمت تصريح كتب المذهب بثبوت الخيار قبل العمل وفى كافى الحاكم الذى هو متن المبسوط ما نصه

مطلب
ترجمة البردعى

وهو الاصح نهر (ولم يصح فيما لم يتعامل فيه كالثوب الا بأجل كما مر) فان لم يصح فسد ان ذكر الاجل على وجه الاستمهال وان للاستعجال كعلى أن تفرغه غدا كان صحيحا (فرع) السلم فى الدبس لا يجوز لما فى اجارة جواهر الفتاوى لو جعل الدبس اجرة لا يجوز لانه ليس بمثلى لان النار عملت فيه ولذا لا يجوز السلم فيه فلا يجب فى الذمة حتى لو كان عينا جاز قلت وسيجىء فى الغصب أن الرب والقطر واللحم والفحم والآجر والصابون والعصفر والسرقين والجلود والصرم وبر مخلوط بشعير قيمى فليحفظ

والمستصنع بالخيار اذا رآه مفروغا منه واذا رآه فليس للصانع منعه ولا بيعه وان باعه الصانع قبل أن يراه جاز بيعه (قوله وهو الاصح) وهو ظاهر الرواية وعنه ثبوت الخيار لهما وعن الثانى عدمه لهما كما مر عن البدائع (قوله الا بأجل كما مر) اى بأجل مماثل لما مر فى السلم من أن أقله شهر فيكون سلما بشروطه (قوله فان لم يصح) اى الاجل لعقد السلم بأن كان أقل من شهر (قوله وان للاستعجال) اى بأن لم يقصد به التأجيل والاستمهال بل قصد به الاستعجال بلا امهال وظاهره أنه لو لم يذكر أجلا اصلا فيما لم يجر فيه تعامل صح لكنه خلاف ما يفهم من المتن ولم أره صريحا فتأمل (قوله فى الدبس) بكسر وبكسرتين عسل التمر وعسل النحل قاموس والمشهور الآن أنه ما يخرج من العنب (قوله ولذا) اى لكون النار عملت فيه فصار غير مثلى لا يجوز السلم فيه وظاهره أن السلم لا يجوز الا فى المثلى مع أنه يجوز فى الثياب والبسط والحصر ونحوها كما مر أفاده ط (قوله حتى لو كان عينا) اى لو جعل الاجرة دبسا معينا (قوله الرب) دبس الرطب اذا طبخ مصباح (قوله والقطر) نوع من عسل القصب قال المؤلف فى الغصب ان كلا منهما يتفاوت بالصنعة ولا يصح السلم فيهما ولا يثبت فى الذمة ط (قوله واللحم) ولو نيأ ذكره المؤلف فى الغصب وتقدم الكلام فيه (قوله والآجر والصابون) لاختلافهما فى الطبخ (قوله والصرم) بالفتح الجلد مصباح وقدمنا اول الباب عن الفتح أنه يصح السلم فى الجلود اذا بين ما يقع به الضبط (قوله وبر مخلوط) الاصوب وبرا مخلوطا عطفا على الرب المنصوب نعم الرفع جائز على القول بجواز العطف بالرفع على محل اسم ان قبل استكمال العمل فافهم والله سبحانه أعلم

(باب المتفرقات)

من أبوابها وعبر فى الكنز بمسائل منثورة وفى الدرر بمسائل شتى والمعنى واحد (اشترى ثورا أو فرسا من خزف لـ) اجل (استئناس الصبى لا يصح و) لا قيمة له فـ (لا يضمن متلفه وقيل بخلافه) يصح ويضمن قنية وفى آخر حظر المجتبى عن أبى يوسف يجوز بيع اللعبة وأن يلعب بها الصبيان (وصح بيع الكلب) ولو عقورا (والفهد) والفيل والقرد (والسباع) بسائر أنواعها حتى الهرة وكذا الطيور (علمت اولا) سوى الخنزير وهو المختار للانتفاع بها او بجلدها كما قدمناه فى البيع الفاسد والتمسخر بالقرد وان كان حراما لا يمنع بيعه بل يكرهه كبيع العصير شرح وهبانية (فرع) لا ينبغى اتخاذ كلب الا لخوف لص او غيره فلا بأس به ومثله سائر السباع عينى وجاز اقتناؤه لصيد وحراسة ماشية وزرع اجماعا

جرت عادتهم أن المسائل التى تشذ عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها يجمعونها بعد ويسمونها باحد هذه الاسماء ط (قوله بمسائل منثورة) شبهت بالمنثور من الذهب او الفضة لنفاستها وهو بالرفع على الحكاية ط ويجوز الجر (قوله من خزف) اى طين قال ط قيد به لانها لو كانت من خشب او صفر جاز اتفاقا فيما يظهر لامكان الانتفاع بها او بجزره اه وهو ظاهر (قوله ولا يضمن متلفه) كأنه لانه آلة لهو ولا يقال فيها نحو ما قيل فى عود اللهو من انه يضمن خشبا لامهيأ على أحد القولين لانه لا قيمة لهذه الاشياء اذا قطع النظر عن التلهى بها ط (قوله وقيل بخلافه) يشعر بضعفه مع أن المصنف نقله عن القنية وفى القنية لم يعبر عنه بقيل بل رمز للاول ثم للثانى (قوله عن أبى يوسف) اى ناقلا عن أبى يوسف وظاهره انه قوله لا رواية عنه حتى يقال ان هذا يشعر بضعفه ونسبته الى أبى يوسف لا تدل على أن الامام يخالفه لاحتمال أن لا يكون له فى المسألة قول فافهم (قوله ولو عقورا) فيه كلام يأتى (قوله والفيل) هذا بالاجماع لانه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا بحر عن البدائع اى ينتفع به للقتال والحمل وينتفع بعظمه (قوله والقرد) فيه قولان كما يأتى (قوله والسباع) وكذا يجوز بيع لحمها بعد التذكية لاطعام كلب أو سنور بخلاف لحم الخنزير لانه لا يجوز اطعامه محيط لكن على أصح التصحيحين من أن الذكاة الشرعية لا تطهر الا الجلد دون اللحم لا يصح بيع اللحم شرنبلالية (قوله حتى الهرة) لانها تصطاد الفار والهوام المؤذية فهى منتفع بها فتح (قوله وكذا الطيور) اى الجوارح درر (قوله علمت أولا) تصريح بما فهم من عبارة محمد فى الاصل وبه صرح فى الهداية أيضا لكن فى البحر عن المبسوط انه لا يجوز بيع الكلب العقور الذى لا يقبل التعليم فى الصحيح من المذهب وهكذا نقول فى الاسد ان كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه والا فلا والفهد والبازى يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال اه قال فى الفتح فعلى هذا لا يجوز بيع النمر بحال لانه لشراسته لا يقبل التعليم وفى بيع القرد روايتان اه وجه رواية الجواز وهو الاصح زيلعى انه يمكن الانتفاع بجلده وهو وجه ما فى المتن أيضا وصحح فى البدائع عدم الجواز لانه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة بل للتلهى به وهو حرام اه بحر قلت وظاهره انه لولا قصد التلهى به لجاز بيعه ثم انه يرد عليه ما ذكره الشارح عن شرح الوهبانية من أن هذا لا يقتضى عدم صحة البيع بل كراهته والحاصل أن المتون على جواز بيع ما سوى الخنزير مطلقا وصحح السرخسى التقييد بالمعلم منها (قوله لا ينبغى اتخاذ كلب الخ) الاحسن عبارة الفتح وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغى أن يتخذه فى داره الا ان خاف لصوصا أو أعداء

للحديث

(كما صح بيع خرء حمام كثير) صح (هبته) قنية (و) أدنى (القيمة التي تشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خبز لا يجوز) قنية (كما لا يجوز بيع هوام الارض كالخنافس) والقنافذ والعقارب والوزغ والضب (و) لا هوام (البحر ٢١٥ كالسرطان) وكل ما فيه سوى سمك وجوز في

القنية بيع ماله ثمن كسقنقور وجلود خز وجمل الماء لو حيا وأطلق الحسن الجواز وجوز ابو الليث بيع الحيات ان انتفع بها في الادوية والالا ورده في البدائع بأنه غير سديد لان المحرم شرعا لا يجوز الانتفاع به للتداوي كالخمر فلا تقع الحاجة الى شرع البيع (ويجوز بيع دهن نجس) اى متنجس كما قدمناه في البيع الفاسد (وينتفع به ٢ للاستصباح) في غير مسجد كما مر (والذمي كالمسلم في بيع) كصرف وسلم وربا وغيرها (غير الخمر والخنزير وميتة لم تمت حتف انفها) بل بنحو خنق أو ذبح مجوسي فانها كخنزير وقد أمرنا بتركهم وما يدينون (وصح شراؤه) اى الكافر كما قدمناه في البيع الفاسد (عبدا مسلما أو مصحفا) او شقصا منهما

للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية نقص من اجره كل يوم قيراطان (قوله خرء حمام كثير) لعل المراد به ما تبلغ قيمته فلسا فانه أقل قيمة المبيع ط ومثل الحمام بقية الطيور المأكولة لطهارة خرئها وتقدم في البيع الفاسد جواز بيع سرقين وبعر ولو خالصين والانتفاع به والوقود به وبيع رجيع الآدمي لو مخلوطا بتراب (قوله لا يجوز) اى اذا لم تبلغ قيمتها فلسا (قوله والقنافذ) جمع قنفذ بضم الفاء وفتح مصباح وذكره في القاموس في الدال المهملة والذال المعجمة (قوله والوزغ) هو سام أبرص (قوله وكل ما فيه) اى في البحر (قوله سوى سمك) عبارة البحر عن البدائع الا السمك وما جاز الانتفاع بجلده او عظمه اه (قوله بيع ماله ثمن) في الشرنبلالية عن المحيط يجوز بيع العلق في الصحيح لتمول الناس واحتياجهم اليه لمعالجة مص الدم من الجسد اه قلت وعليه فيجوز بيع دودة القرمز لانها من أعز الاموال وأنفسها في زماننا وينتفع بها خلافا لمن أفتى بأنه لا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها كما حررناه في البيع الفاسد (قوله كسقنقور) حيوان مستقل وقيل بيض التماسيح اذا فسد ويكبر طول ذراعين على أنحاء السمكة وتمامه في تذكرة الشيخ داود (قوله وجلود خز) الخز اسم دابة ثم اطلق على الثوب المتخذ من وبرها مصباح (قوله لو حيا) عبارة البحر عن القنية قيل يجوز حيا لا ميتا الخ (قوله ورده في البدائع الخ) قدمنا في البيع الفاسد عند قوله ولبن امرأة أن صاحب الخانية والنهاية اختارا جوازه ان علم أن فيه شفاء ولم يجد دواء غيره قال في النهاية وفي التهذيب يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوي اذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاءه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه وان قال الطبيب يتعجل شفاؤك به فيه وجهان وهل يجوز شرب العليل من الخمر للتداوي فيه وجهان كذا ذكره الامام التمرتاشي وكذا في الذخيرة وما قيل ان الاستشفاء بالحرام حرام غير مجرى على اطلاقه وان الاستشفاء بالحرام انما لا يجوز اذا لم يعلم أن فيه شفاء أما اذا علم وليس له دواء غيره يجوز ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل أن يكون قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه حينئذ يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال اه نور العين من آخر الفصل التاسع والاربعين (قوله اى متنجس) احترز به عن دهن الميتة والخنزير اه ح (قوله وينتفع به للاستصباح) عطف علة على معلول ط لان الانتفاع به علة جواز البيع (قوله كما مر) اى في باب الانجاس لكن عبارته هناك ولا يضر أثر دهن الا دهن ودك ميتة لانه عين النجاسة حتى لا يدبغ به جلد بل يستصبح به في غير مسجد اه وقدمنا هناك تأييد ما هنا بالحديث الصحيح وقدمنا ذلك أيضا في البيع الفاسد (قوله غير الخمر والخنزير الخ) فانا نجيز بيع بعضهم بعضا منصوص فيه من قول عمر رضي الله تعالى عنه أخرجه ابو يوسف في كتاب الخراج حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم فتح (قوله وميتة الخ) هذا زاده ابن الكمال وصاحب الدرر استدراكا على الهداية بان المستثنى غير محصور بالخمر والخنزير واستدرك أيضا في النهر شراء عبد امسلما او مصحفا قلت هذا انما يظهر أن لو كان التشبيه في قولهم والذمي كالمسلم الخ من جهة الحل والحرمة والظاهر أنه من جهة الصحة والفساد لان الصحيح من مذهب اصحابنا أن الكفار مخاطبون بشرائع هي محرمات فكانت ثابتة في حقهم أيضا فلو كان التشبيه من جهة الحل والحرمة لم يصح استثناء شئ فتعين ما قلنا وحينئذ فلا يدخل الجبر على البيع في التشبيه حتى يصح استثناؤه ولذا غاير المصنف في التعبير فقال وصح شراؤه عبدا الخ ثم هذا على رواية أن بيع ما لم يمت حتف انفه صحيح بينهم وفي رواية أنه فاسد بخلاف ما مات حتف انفه فان بيعه باطل فيما بيننا وبينهم كما مر اول البيع الفاسد (قوله وقد أمرنا بتركهم وما يدينون) كذا في الهداية وقال دل عليه قول عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها اه وأشار به الى أن اعراضنا عنهم ليس لكونها مباحة شرعا في حقهم كما هو قول البعض بل الحرمة ثابتة في حقهم في الصحيح لانهم مخاطبون بها كما قلنا لكنهم لا يمنعون من بيعها لانهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها وقد أمرنا بتركهم وما يدينون كما في البحر عن البدائع لكن الاولى الاستدلال بأن هذا مخصوص بالاثر المنقول عن عمر كما مر والا ورد عليه انه لو اعتقدوا حل ما مات حتف انفه أن يصح بيعه مع أنهم لو ارتفعوا الينا نحكم ببطلانه

٢ مطلب في التداوي بالمحرم

٣ قوله لان الصحيح الخ قال في متن المنار والكفار مخاطبون بالامر بالايمان وبالمشروع من العقوبات وبالمعاملات وبالشرائع في حق المؤاخذة في الآخرة بلا خلاف وأما في وجوب الاداء في احكام ٣ الدنيا فكذلك عند البعض والصحيح انهم لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات اه قال ابن نجيم في شرحه كالصلاة والصوم فلا يعاقبون على تركها ثم قال والراجح ما عليه الاكثر من ٤ العلماء على التكليف لموافقته لظاهر النصوص فليكن هو المعتمد اه منه

٤ مطلب أمرنا بتركهم وما يدينون

وأيضا لو اعتقدوا حل السلم او الصرف أو نحوهما بدون شروطه المعتبرة عندنا نحكم بينهم بشرعنا الا فى الخمر والخنزير فعقدهم عليهما كعقدنا على الشاة والعصير وفى البحر عن حدود القنية ويمنع الذمى عما يمنع المسلم الا شرب الخمر فان غنوا اوضربوا العيدان منعوا كالمسلمين لانه لم يستثن عنهم اه قال فى النهر ويرد عليه أنه لا يمنع من لبس الحرير والذهب بخلاف المسلم اه (قوله ويجبر على بيعه) ولو اشتراه من كافر مثله شراء فاسدا أجبر على رده لان دفع الفساد واجب حقا للشرع ثم يجبر البائع على بيعه بحر (قوله أجبر وليه) وينبغى أن عقد الصغير فى هذا لا يتوقف على الاجازة نهر اى لعدم فائدته لانه اذا أجازه وليه أجبر أيضا على بيعه وقد يقال انه قد يسلم قبل اجبار وليه فيبقى على ملكه فكان للاجازة فائدة (قوله وكذا لو أسلم عنده) فى بعض النسخ عبده بالباء بدل النون وأفاد أنه لا فرق بين كون العبد مسلما وقت الشراء او بعده (قوله ويتبعه طفله) اى لو أسلم العبد وله ولد غير بالغ يتبعه فى الاسلام والاجبار على بيعه معه (قوله فان عجز) اى المكاتب (قوله اجبر) اى الكافر على بيعه ومفهومه انه لا يجبر ما دام عقد الكتابة وهو ظاهر لان المكاتب لا يجوز بيعه (قوله من عادته شراء المردان) عبارة النهر عن المحيط الفاسق المسلم اذا اشترى عبدا أمرد وكان من عادته اتباع المرد أجبر على بيعه دفعا للفساد اه وعن هذا أفتى المولى ابو السعود بأنه لا تسمع دعواه على أمرد وبه أفتى الخير الرملى والمصنف أيضا (قوله يؤمر بارساله) ولا يصح بيعه ومر بيان ذلك كله فى الحج (قوله ولو أسلم مقرض الخمر سقطت) لتعذر قبضها فصار هلاكها مستندا الى معنى فيها وفى البيع لو أسلما أو أحدهما قبل القبض انتقض البيع اى ثبت حق الفسخ لتعذر القبض بالاسلام فصار كما لو أبق المبيع وتمامه فى البحر (قوله فروايتان) اى عن الامام فى رواية تسقط وفى رواية عليه قيمتها وهو قول محمد لتعذره لمعنى من جهته بحر (قوله التى انكحها المشترى الخ) اى اذا اشترى امة وزوجها لرجل قبل قبضها من البائع فوطئها الزوج صار المشترى قابضا (قوله فصار فعله) اى الزوج كفعله اى المشترى (قوله استحسانا) والقياس أن يكون قبضا لانه تعييب حكمى ألا ترى انه لو وجد المشتراة مزوجة يردها بالعيب وجه الاستحسان انه لم يتصل بها فعل حسى من المشترى والتزويج فعل تعييب حكمى بمعنى تقليل الرغبات فيها كنقصان السعر وتمامه فى النهر (قوله فلو انتقض البيع) اى بنحو خيار عيب أو فساد (قوله بطل النكاح) لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا بحر (قوله وقيده الكمال) لم يقيده الكمال من عنده بل قال وقيد القاضى الامام ابو بكر بطلان النكاح الخ فلو قال الشارح وقيده القاضى ابو بكر لكان أصوب ولسلم عزوه فى آخر العبارة الى الفتح من الاستدراك (قوله بطلانه) اى البيع (قوله فيلزمه المهر للمشترى فتح) لم أجد هذه العبارة فى الفتح بل ذكرها فى النهر ونقل محشى مسكين عن شيخه أنه لم يجدها فى النهاية ولا فى العناية والبحر ونقل عن الشيخ شاهين أنه وجدها فى المعراج ثم استشكلها بأنه كيف تكون هالكة من مال البائع ويكون المهر للمشترى فهو مخالف لقولهم الغرم بالغنم اه قلت عدم بطلان النكاح دليل على أن بطلان البيع مقتصر على وقت الموت فلم يصر العقد كأن لم يكن فيظهر أن النكاح كان على ملك المشترى فيستحق المهر تأمل وانظر ما قدمناه فى البيع الفاسد قبيل قوله ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما (قوله اذا العقار لا يبيعه القاضى) فى بعض النسخ لا يبيعه الا القاضى بزيادة الا والصواب الاول وهو الموجود فى النهر وكذا فى البحر عن النهاية وجامع الفصولين وعبارة جامع الفصولين جاز للقاضى بيع المبيع وابقاء الثمن لو كان منقولا لا لو عقارا اه (قوله قبل القبض) فلو غاب بعده لا يبيعه القاضى لان حقه غير متعلق بماليته بل بذمة المشترى وقيده فى جامع الفصولين بما اذا لم يخف عليه التلف فان خيف جاز له البيع حيث قال للقاضى ايداع مال غائب ومفقود وله اقراضه وبيع منقوله اذا خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب لا لو علم اه وينبغى أن يقال ان خوف التلف مجوز للبيع علم مكانه اولا وقدمنا نحوه فى خيار الشرط فارجع اليه نهر (قوله غيبة معروفة) بأن كانت البلدة التى خرج اليها معروفة وان بعدت نهر (قوله فأقام بائعه بينة الخ) ليست البينة هنا للقضاء على الغائب بل لنفى التهمة وانكشاف الحال كما فى الزيلعى فلا يحتاج الى خصم حاضر لان العبد فى يده وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه بحر قال فى جامع الفصولين الخصم شرط لقبول البينة لو أراد المدعى أن يأخذ من يد الخصم الغائب شيأ أما اذا أراد أن يأخذ حقه من مال كان للغائب

(ويجبر على بيعه) ولو المشترى صغيرا أجبر وليه فلو لم يكن أقام القاضى له وليا وكذا لو أسلم عنده ويتبعه طفله ولو أعتقه أو كاتبه جاز فان عجز أجبر أيضا ولو دبره أو استولدها سعيا فى قيمتهما ويوجع ضربا بالوطء مسامة وذلك حرام (فرع) من عادته شراء المردان يجبر على بيعه دفعا للفساد نهر وغيره وكذا محرم أخذ صيدا يؤمر بارساله ولو أسلم مقرض الخمر سقطت ولو المستقرض فروايتان (وطء زوج) الامة (المشتراة) التى انكحها المشترى قبل قبضها (قبض) لمشتريها لحصوله بتسليطه فصار فعله كفعله (لا) مجرد (نكاحها) استحسانا (فلو انتقض البيع) قبل القبض (بطل النكاح فى) قول الثانى وهو (المختار) وقيده الكمال بما اذا لم يكن بطلانه بموتها فلو به قبل القبض لم يبطل النكاح وان بطل البيع فيلزمه المهر للمشترى فتح (اشترى شيأ) منقولا اذ العقار لا يبيعه القاضى (وغاب) المشترى (قبل القبض ونقد الثمن غيبة معروفة فأقام بائعه بينة)

مطلب
للقاضى ايداع مال غائب واقراضه وبيع منقوله الخ

في يده فلا يشترط ولا يحتاج لوكيل كهذه المسألة وكذا لو استأجر ابلا الى مكة ذاهبا وجائيا ودفع الكراء ومات رب الدابة في الذهاب فانفسخت الاجارة فله أن يركبها ولا يضمن وعليه اجرتها الى مكة فاذا أتاها ورفع الامر الى القاضي فرأى بيعها ودفع بعض الاجر الى المستأجر جاز وعلى هذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الامر الى القاضي ليبيع الرهن ينبغي أن يجوز كما في هاتين المسألتين اهـ وأقره في البحر (قوله أنه باعه منه) وانه لم ينقد اليه الثمن نهر وفتح (قوله باعه القاضي اومأموره) ولو أذن له بأن يؤجر الدابة ويعلفها من أجرها جاز كما في جامع الفصولين وظاهر كلامهم أن البائع لا يملك البيع بلا اذن القاضي فان باع كان فضوليا وان سلم كان متعديا والمشتري منه غاصب بحر قلت وفي الولوالجية اشترى لحما فذهب ليجيء بالثمن فأبطأ فخاف البائع أن يفسد يبيع البائع بيعه لان المشتري يكون راضيا بالانفساخ فان باع بزيادة تصدق بها أو بنقصان وضع عن المشتري وهذا نوع استحسان اهـ وبه علم أن ما يسرع فساده لا يتوقف على القاضي لرضاه بالانفساخ بخلاف غيره فان القاضي يبيعه على ملك المشتري ولذا كان الفضل له والنقص عليه (قوله نظرا للغائب) اى وللبائع لان البائع يصل به الى حقه ويبرأ عن ضمانه والمشتري أيضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته بحر (فرع) في جامع الفصولين سئل نجم الدين عمن وهبه أميره امة فأخبرته انها لتاجر قتل فأخذت وتداولتها الايدي حتى وصلت اليه ولا يجد وارث القتيل ويعلم انه لو خلاها ضاعت ولو أمسكها يخاف الفتنة فأجاب للقاضي بيعها من ذي اليد فلو ظهر المالك كان له على ذي اليد ثمنها (قوله وان اشترى اثنان شيأ) اى اشتريا عبدا صفقة واحدة كما عبر في الجامع الصغير لقاضي خان (قوله وغاب واحد منهما) اى بحيث لم يدر مكانه نهر وقيد به لانه لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع لانه لا يكون مضطرا في ايفاء الكل اذ يمكنه أن يخاصمه الى القاضي في أن ينقد حصته ليقبض نصيبه فتح (قوله ويجبر الخ) الظاهر أن هذا لو المبيع غير مثلي أما المثلي كالبر ونحوه مما يمكن قسمته فلا جبر على دفع الكل ولذا صوروا المسألة بالعبد كما ذكرنا تأمل (قوله وله) اى للحاضر قبضه اى قبض كل المبيع (قوله حتى ينقد شريكه الثمن) اى ثمن حصته اذا كان الثمن حالا وفي ط عن الواني النقد في الاصل تمييز الجيد من الرديء من نحو الدراهم ثم استعمل في معنى الاداء (قوله بخلاف أحد المستأجرين) لو غاب قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها كان متبرعا لانه غير مضطر اذ ليس للمؤجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره القرتاشي نهر وهذه الاحكام المذكورة من دفع الثمن وجبر البائع ودفع الكل والقبض والحبس مذهبهما وخالف ابو يوسف في جميعها ط (قوله فكان مضطرا) فصار كمعير الرهن اذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فان المعير اذا افتكه بدفع الدين يرجع على الراهن لانه مضطر فيه وكصاحب العلو اذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبني السفل اذا لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطه ما صرفه وتمامه في الفتح (قوله اللهم الخ) بحث لصاحب النهر (قوله لعدم الاولوية) لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما نصفه ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما اذا قال بألف من الدراهم والدنانير حيث لا يشترط بيان الصفة وينصرف الى الجياد نهر (قوله وانصرف للوزن المعهود الخ) فان المعهود وزن الذهب بالمثاقيل ووزن الفضة بالدراهم فهو كما لو قال بألف من الدراهم والدنانير (قوله وهذه قاعدة الخ) الاشارة الى ما ذكره المصنف اى ان قوله باع بألف مثقال الخ ليس البيع قيدا في ذلك وكذا الموزون بل مثله المكيل ونحوه كما لو أقر له برطل من سمن وعسل وزيت او بمائة من بيض وجوز وتفاح أو بمائة ذراع من كتان وابريسم وخز يلزمه من كل ثلث (قوله وزن سبعة) اى العشرة من الدراهم وزن سبعة مثاقيل كل درهم أربعة عشر قيراطا اهـ ط (قوله وأفاد الكمال الخ) اعلم أنه وقع اشتباه في موضعين بالنظر الى العرف الحادث * الاول فيما ينصرف اليه اسم الدرهم والثاني في قيمته فذكر في الفتح أن انصراف الدراهم الى وزن سبعة اذا كان متعارفا في بلد العقد وأما في عرف مصر فلفظ الدرهم ينصرف الآن الى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا أن يعقد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة وأخذ منه في البحر أن الواقف بمصر لو شرط دراهم للمستحق ولم يقيدها ينصرف الى الفلوس النحاس وان قيدها بالنقرة ينصرف الى الفضة واعترضه في النهر بأن ما في الفتح حكاية عما في زمنه ولا يلزم منه كون كل زمن كذلك فالذي ينبغي أن لا يعدل عنه اعتبار زمن الواقف ان عرف والا صرف الى الفضة لانه الاصل اهـ الموضع الثاني

انه باعه منه لم يبع في دينه) لامكان ذهابه اليه (وان جهل مكانه بيع) المبيع اى باعه القاضي اومأموره نظرا للغائب وأدى الثمن وما فضل يمسكه للغائب وان نقص تبعه البائع اذا ظفر به (وان اشترى اثنان) شيأ (وغاب واحد) منهما (فللحاضر دفع) كل (ثمنه) ويجبر البائع على قبول الكل ودفع الكل للحاضر (و) له (قبضه وحبسه) عن شريكه اذا حضر (حتى ينقد شريكه) الثمن بخلاف أحد المستأجرين والفرق أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكان مضطرا بخلاف المؤجر اللهم الا اذا شرط تعجيل الاجرة (باع) شيأ (بألف مثقال ذهب وفضة تنصفا به) اى بالمثقال فيجب خمسمائة مثقال من كل منهما لعدم الاولوية (وفي) بيعه شيأ (بألف من الذهب والفضة تنصفا وانصرف للوزن المعهود
٢ (فـ) النصف (من الذهب مثاقيل و) النصف (من الفضة دراهم) ومثله له علي كر حنطة وشعير وسمسم لزمه من كل ثلث كر وهذه قاعدة في المعاملات كلها كمهر ووصية ووديعة وغصب واجارة وبدل خلع وغيره في موزون ومكيل ومعدود ومذروع عيني وقوله (وزن
٣ سبعة) تقدم في الزكاة وأفاد الكمال أن اسم الدرهم ينصرف للمتعارف في بلد العقد ففي مصر ينصرف للفلوس

٢ مطلب في العلو اذا سقط

٣ مطلب فيما ينصرف اليه اسم الدرهم

وأفاد فى النهر أن قيمته تختلف باختلاف الازمان فأفتى اللقانى بأنه يساوى نصفا وثلاثة فلوس فلو اطلق الواقف الدرهم اعتبر زمنه ان عرف والاصرف للفضة لانه الاصل كما لو قيده بالنقرة كواقف الشيخونية والصرغتمشية ونحوهما فقيمة درهمها نصفان وأفاد المصنف أن النقرة تطلق على الفضة وعلى الذهب وعلى الفلوس النحاس بعرف مصر الآن فلابد من مرجح فان لم يوجد فالعمل على الاستيمارات القديمة للوقف كما عولوا عليها فى نظائره كمعرفة خراج ونحوه قال وبه أفتى المنلا ابو السعود افندى (ولو قبض زيفا بدل جيد) كان له على آخر (جاهلا به) فلو علم ٢ وأنفقه كان قضاء اتفاقا (ونفق أو أنفقه) فلو قائما رده اتفاقا (فهو قضاء) لحقه وقال ابو يوسف اذا لم يعلم يرد مثل زيفه ويرجع بجيده استحسانا كما لو كانت ستوقة أو نبهرجة واختاره للفتوى ابن كمال قلت ورجحه فى البحر والنهر والشرنبلالية فبه يفتى (ولو فرخ طير أو باض فى أرض لرجل اوتكسر فيها ظبى) اى انكسر رجله بنفسه فلو كسرها رجل كان للكاسر لا للآخذ (فهو للآخذ) لسبق يده لمباح (الا اذا هيأ أرضه لذلك) فهو له (اوكان صاحب الارض قريبا من الصيد بحيث يقدر على أخذه لو مد يده فهو لصاحب الارض) لتمكنه منه فلو أخذه غيره لم يملكه نهر (وكذا) مثل مامر

قال فى النهر وأما قيمة كل درهم منها فقال فى البحر بعدما أعاد المسألة فى الصرف قد وقع الاشتباه فى أنها خالصة اومغشوشة وكنت قد استفتيت بعض المالكية عنها يعنى به علامة عصره ناصر الدين اللقانى فأفتى انه سمع ممن يوثق به أن الدرهم منها يساوى نصفا وثلاثة من الفلوس قال فليعول على ذلك مالم يوجد خلافه اهـ وقد اعتبر ذلك فى زماننا الان الادنى متيقن به ومازاد عليه فهو مشكوك فيه ولكن الاوفق بفروع مذهبنا وجوب درهم وسط لما فى جامع الفصولين من دعوى النقرة لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها صح العقد ولو ادعت مائة درهم مهرا وجب لها مائة وسط اهـ فينبغى أن يعول عليه اهـ ورأيت فى فتاوى بعض الشافعية أن قيمته باعتبار المعاملة نصف وثلث وأنت قد علمت أن القيمة تختلف باختلاف الازمان ولاشك فى اختلاف ازمنة الواقفين فينبغى اعتبار زمن الواقف والله تعالى الموفق اهـ قلت وفى زماننا وقبله بمدة مديدة ترك الناس التعامل بلفظ الدرهم وانما يذكرون لفظ القرش وهو اسم لاربعين نصف فضة وهذا يختلف باختلاف الزمان فينظر الى قرش زمن الواقف أيضا (قوله فقيمة درهمها نصفان) هذا ذكره فى النهر بعدما حرر المقام والظاهر أن مراده أن ذلك كان فى زمن الواقف فلا ينافى ماحرره قبله (قوله ان النقرة تطلق الخ) اطلاقها على الفلوس عرف حادث ففى المغرب النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة (قوله فلابد من مرجح) وذلك كأن يعلم ما كانت تطلق عليه فى زمن الواقف اويكون قيدها بشئ فافهم (قوله الاستيمارات القديمة) اى التصرفات اوالعطايا أوالدفاتر أونحوها مأخوذة من استمر الشئ اذا دام والمراد أنه ينظر الى ماجرى عليه التعامل من قديم الزمان فيتبع (قوله ولو قبض زيفا) اى رديأ وهو من الوصف بالمصدر لانه يقال زافت الدراهم تزيف زيفا من باب سار أى ردأت ثم وصف به فقيل درهم زيف ودراهم زيوف كفلس وفلوس وربما قيل زائف على الاصل كما فى المصباح وفى التتارخانية الدراهم أنواع أربعة جياد ونبهرجة وزيوف وستوقة واختلفوا فى تفسير النبهرجة قيل هى التى تضرب فى غير دار السلطان والزيوف هى المغشوشة والستوقة صفر مموه بالفضة وقال عامة المشايخ الجياد فضة خالصة تروج فى التجارات وتوضع فى بيت المال والزيوف مازيفه بيت المال اى يرده ولكن تأخذه التجار فى التجارات لا بأس بالشراء بها ولكن يبين للبائع انها زيوف والنبهرجة مارده التجار والستوقة أن يكون الطاق الاعلى فضة والاسفل كذلك وبينهما صفر وليس لها حكم الدراهم اهـ وقال فى انفع الوسائل وحاصل ماقالوه أن الزيوف أجود وبعده النبهرجة وبعدهما الستوقة وهى بمنزلة الزغل التى نحاسها اكثر من فضتها (قوله كان قضاء اتفاقا) لانه صار راضيا بترك حقه فى الجودة وقيد بقوله وأنفقه لانه لو عرضه على البيع ولم ينفقه له رده كما سيذكره الشارح آخر الفروع (قوله ونفق) اى هلك يقال نفقت الدابة نفوقا من باب قعد هلكت مصباح (قوله استحسانا) وقولهما قياس كما ذكره فخر الاسلام وغيره وظاهره ترجيح قول أبى يوسف بحر (قوله ولو فرخ طير) يقال فرخ بالتشديد وأفرخ صار ذا أفراخ وأفرخت البيضة انفلقت عن الفرخ فخرج منها مصباح (قوله اوتكسر) وقع فى الكنز تكنس وفى المغرب كنس الظبى دخل فى الكناس كنوسا من باب طلب وتكنس مثله ومنه الصيد اذا تكنس فى أرض رجل اى استتر وروى تكسر وانكسر اهـ وفى الفتح وفى بعض النسخ تكسر اى وقع فيها فتكسر احترازا عما لو كسره رجل فيها بحر وقوله من باب طلب صوابه من باب جلس رملى وقوله احترازا الخ انما يتم اذا لم يكن تكسر للمطاوعة والا فهو من فعل غيره يقال كسره بالتشديد فتكسر وكسره بالتخفيف فانكسر أى قبل ذلك تأمل (قوله الا اذا هيأ ارضه لذلك الخ) اى بأن حفر فيها بئرا ليسقط فيها أو أعد مكانا للفراخ ليأخذها فتح لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد بحر (قوله أوكان صاحب الارض قريبا الخ) ظاهره أن سبب الملك أحد شيئين اما التهيئة أو القرب ومقتضاه انه لو خرج الصيد من أرضه المهيأة قبل قربه منه يبقى على ملكه فليس لغيره أخذه لكن يشكل عليه ما فى الذخيرة عن المنتقى حيث قال نصب حبالة فوقع فيها صيد فاضطرب وانفلت فأخذه غيره فهو له فلو جاء صاحب الحبالة ليأخذه فلما دنا منه بحيث يقدر عليه انفلت فأخذه غيره فهو لصاحب الحبالة والفرق أن صاحب الحبالة فيهما وان صار آخذا له الا أنه فى الاول بطل الاخذ قبل تأكده وفى الثانى بعد تأكده وكذا صيد البازى والكلب اذا انفلت فهو على هذا التفصيل اهـ أفاده ط (قوله فلو أخذه غيره لم يملكه) استدل عليه فى النهر بعبارة المنتقى المذكورة (قوله مثل مامر) بدل من قوله وكذا او عطف بيان أفاد به أن

٢ مطلب فى النبهرجة والزيوف والستوقة

الاشاره

الاشارة الى ما ذكر فى أول المسألة من أنه لآخذه (قوله او دخل دار رجل) وكذا لو دخل بيته وأغلق عليه الباب ولم يعلم به لم يصر آخذا له كاله حتى لو خرج بعد ذلك فأخذه غيره ملكه وعن أبى يوسف لو اصطاده فى دار رجل من الهواء او على الشجر ملكه لان حصوله على حائط رجل اوشجرته ليس باحراز فان قال رب الدار كنت اصطدته قبلك فان كان أخذه من الهواء فهو له لانه لا يد لرب الدار على الهواء وان أخذه من حائطه أوشجره فالقول لرب الدار لاخذه من محل هو فى يده وان اختلفا فى أخذه من الهواء او الشجرة فكذلك لان الظاهر أن ما فى داره يكون له وتمامه فى البحر (قوله ملكه بهذا الفعل) اى بالاعداد أو الكف وظاهره انه بدون ذلك لا يملكه وان وقع قريبا منه بحيث تناله يده والفرق بينه وبين الصيد أن الصيد يملكه بالقرب منه اذا وقع فى أرضه ونحوها لا مطلقا والالزم انه لو قرب من صيد فى برية ملكه والنثار يكون فى بيت اهل العرس عادة فلا يعتبر فيه مجرد القرب بل لا بد من اعداد الثوب اوكفه وأيضا لو اعتبر مجرد القرب يؤدى الى المنازعة بين الحاضرين الذين وقع بينهم اذ كلهم يدعيه (قوله ملكه مطلقا) اى وان لم يعدها لذلك (قوله لانه صار من أنزالها) اى ريعها وهو بفتح الهمزة جمع نزل قال فى المصباح نزل الطعام نزلا من باب تعب كثر ريعه ونماؤه فهو نزل وطعام كثير النزل بوزن سبب اى البركة ومنهم من يقول كثير النزل بوزن قفل (قوله لا يجبر عليه) وكذا لا يجبر على اعطاء الصك القديم كما فى الخيرية عن جواهر الفتاوى قال نعم لو توقف احياء الحق على عرضه كما لو غصب المبيع وامتنعت الشهود من الشهادة حتى يروا خطوطهم يجبر على عرضه كما أفتى به الفقيه ابو جعفر صيانة لحق المشترى اه (قوله ولا على الاشهاد والخروج اليه) اى الى الاشهاد وهو عطف تفسير على الاشهاد لانه ليس له الامتناع عن الاشهاد المجرد بقرينة ما بعده (قوله فليس له الامتناع من الاقرار) فان لم يقر رفعه الى الحاكم فان أقر بين يديه كتب سجلا وأشهد عليه ملتقط (قوله فغزلته امرأته) اى باذنه أو بغير اذنه ملتقط (قوله المرأة اذا كفنت) اى كفنت زوجها وعبارة مجمع الفتاوى وغيرها أحد الورثة اذا كفن الميت بماله الخ فالمرأة غير قيد نعم خرج الاجنبى فانه لا يرجع كما فى التتارخانية اى الا اذا كان وصيا (قوله ولو اكثر لا ترجع بشئ) علله فى البزازية بأن اختيار ذلك دليل التبرع وهذا اذا أنفق الوارث من ماله ليرجع وسيذكر المصنف فى باب الوصى انه اذا زاد فى عدد الكفن ضمن الزيادة وان زاد فى قيمته ضمن الكل اى لانه صار مشتريا لنفسه فيضمن مال الميت وقد حررت هذه المسألة بما لا مزيد عليه فى تنقيح الحامدية من الوصايا (قوله قال رحمه الله) الضمير عائد الى صاحب الملتقط فان هذه الفروع كلها من الملتقط كما ذكره الشارح آخرها والعبارة كذلك مذكورة فيه على عادة المتقدمين فى كتبهم فافهم (قوله لا يبعد) لعل وجهه انه لا يلزم من التكفين بأكثر من كفن المثل اختيار التبرع بالكل بل بالزائد (قوله اكتسب حراما الخ) توضيح المسألة ما فى التتارخانية حيث قال رجل اكتسب مالا من حرام ثم اشترى فهذا على خمسة اوجه اما ان دفع تلك الدراهم الى البائع أولا ثم اشترى منه بها أو اشترى قبل الدفع بها ودفعها أو اشترى قبل الدفع بها ودفع غيرها أو اشترى مطلقا ودفع تلك الدراهم او اشترى بدراهم أخر ودفع تلك الدراهم قال ابو نصر يطيب له ولا يجب عليه أن يتصدق الا فى الوجه الاول واليه ذهب الفقيه ابو الليث لكن هذا خلاف ظاهر الرواية فانه نص فى الجامع الصغير اذا غصب ألفا فاشترى بها جارية وباعها بألفين تصدق بالربح وقال الكرخى فى الوجه الاول والثانى لا يطيب وفى الثلاث الاخيرة يطيب وقال ابو بكر لا يطيب فى الكل لكن الفتوى الآن على قول الكرخى دفعا للحرج عن الناس اه وفى الولوالجية وقال بعضهم لا يطيب فى الوجوه كلها وهو المختار لكن الفتوى اليوم على قول الكرخى دفعا للحرج لكثرة الحرام اه وعلى هذا مشى المصنف فى كتاب الغصب تبعا للدرر وغيرها (قوله قال الكرخى) صوابه قال ابو نصر كما رأيته فى الملتقط ولم أر فيه ذكر قول الكرخى أصلا (قوله جاز أخذ ربحه) لان الظاهر أنه اكتسب من الحلال ولوالجية وظاهره أنه لا كراهة فيه وتقدم فى شركة المفاوضة أن أبا يوسف أجازها مع اختلاف الملة مع الكراهة وعلله الزيلعى هناك بأن الكافر لا يهتدى الى الجائز من العقود (قوله لا يجوز لاحد أخذه الخ) ظاهره انه لا يجوز الاقدام على الاخذ ما لم يسمع المالك قال ليأخذه من أراده وظاهره انه يملكه بالاخذ اذا قال المالك ذلك والا لا وتقدم تمام الكلام على هذه المسألة فى باب الجناية على الاحرام من كتاب الحج (قوله والاب مفسد فاسق) احترازعما اذا كان محمودا عند

(صيد تعلق بشبكة نصبت للجفاف) أو دخل دار رجل (ودرهم أو سكر نثر فوقع على ثوب لم يعد له) سابقا (ولم يكف) لاحقا فلو أعده أو كفه ملكه بهذا الفعل (فروع) عسل النحل فى أرضه ملكه مطلقا لانه صار من أنزالها * شرى دارا فطلب المشترى أن يكتب له البائع صكا لا يجبر عليه ولا على الاشهاد والخروج اليه الا اذا جاءه بعدول وصك فليس له الامتناع من الاقرار * شرى قطنا فغزلته امرأته فكله له * المرأة اذا كفنت بلا اذن الورثة كفن مثله رجعت فى التركة ولو اكثر لا ترجع بشئ قال رحمه الله تعالى ولو قيل ترجع بقيمة كفن المثل لا يبعد * اكتسب حراما واشترى به أو بالدراهم المغصوبة شيأ قال الكرخى ان نقد قبل البيع تصدق بالربح والا لا وهذا قياس وقال ابو بكر كلاهما سواء ولا يطيب له وكذا لو اشترى ولم يقل بهذه ٢ الدراهم وأعطى من الدراهم * دفع ماله مضاربة لرجل جاهل جاز أخذ ربحه ما لم يعلم أنه اكتسب الحرام * من رمى ثوبه لا يجوز لاحد أخذه ما لم يقل حين رمى ليأخذه من أراد * باع الاب ضيعة طفله والاب مفسد فاسق

٢ مطلب
اذا اكتسب حراما ثم اشترى فهو على خمسة اوجه

لم يجز بيعه استحسانا * شرت لطفلها على أن لاترجع عليه بالثمن جاز وهو كالهبة استحسانا * قال الاسير اشترني أوفكني فشراه رجع بما أدى كأنه أقرضه ولو قال بألف فشراه بأكثر لم يلزمه الفضل لانه تخليص لاشراء * شرى دارا ودبغ وتأذى جيرانه ان على الدوام يمنع وعلى الندرة يتحمل منه * شرى لحما على أنه لحم غنم فوجده لحم معز له الرد * قال زن لى من هذا اللحم ثلاثة ارطال فوزن له أخيره ومن هذا الخبز فوزن لم يخير * شرى بذرا خريفيا فاذا هو ربيعي أو شرى بذر البطيخ فاذا هو بذر القثاء ان قائما رده وان مستهلكا فعليه مثله

الناس أو مستور الحال فانه حينئذ يصح بيعه عقارا بنه الصغير كما سيذكره فى باب الوصى (قوله لم يجز بيعه) اى فللولد نقضه بعد بلوغه هو المختار الا اذا كان خيرا بأن باع بضعف القيمة وبيع منقوله يجوز فى رواية ويوضع ثمنه فى يد عدل لافى رواية لولا خير بضعف قيمته وبه يفتى جامع الفصولين (قوله على أن لاترجع عليه) قيد بذلك لما فى الاشباه شراء الام لابنها الصغير مالا يحتاج اليه غير نافذ عليه الا اذا اشترت من ابيه أو منه ومن أجنبى كما فى الولوالجية (قوله جاز وهو كالهبة) قال فى الخانية تكون الام مشترية لنفسها ثم يصير منها هبة لولدها الصغير وصلة وليس لها أن تمنع الضيعة عن ولدها الصغير اه ط (قوله رجع بما أدى) مخالف لما صححه فى النفقات حيث قال نقلا عن جامع الفصولين الاسير ومن أخذه السلطان لصادره لو قال لرجل خلصنى فدفع المأمور مالا لخلاصه قيل يرجع وقيل لافى الصحيح به يفتى اه لكن سيأتى فى الكفالة قبيل كفالة الرجلين تصحيح الاول ومثله فى البزازية والخانية وقدمنا فى النفقات تأييده فهما قولان مصححان ثم رأيت الجزم بالاول فى شرح السير الكبير ولم يحك فيه خلافا فكان هو المذهب فافهم (قوله ولو قال بألف الخ) عبارة الملتقط وقال شداد اذا قال الاسير الحر اشترنى بألف درهم فاشتراه بأكثر منه جاز وعليه قدر الالف ولا يلزمه الفضل لانه تخليص لاشراء بخلاف الوكيل بالشراء اه قلت بيانه أن الوكيل بالشراء لو شرى بأكثر مما عينه الموكل وقع الشراء له ولا يلزم الموكل شئ من الثمن لان الشراء متى وجد نفاذا على المشترى لزم فيلزمه جميع الثمن ولا يلزم الآمر شئ وهنا لزم الآمر قدر ما عينه لانه هنا تخليص لاشراء حقيقة ووقع فى جامع الفصولين خلاف هذا فانه قال اسير أمره أن يفديه بألف ففداه بألفين يرجع بألفين عليه وليس كوكيل بشراء اذ لاعقد هنا وانما أمره أن يخلصه فصار كمن امره أن ينفق عليه ألفا فأنفق عليه ألفين اه أقول ويظهر لى أن قوله يرجع بألفين سبق قلم وصوابه بألف بدليل التعليل والتنظير فان المأمور بانفاق ألف لاشك أنه لا يرجع بأكثر من ألف ثم راجعت السير الكبير للسرخسى فرأيت فيه مثل ما قدمناه عن الملتقط وقال انما يرجع عليه بالالف خاصة لان الرجوع بحكم الاستقراض وذلك فى الالف خاصة وهذا بخلاف الشراء الخ فهذا صريح فيما قلنا ولله الحمد فافهم (قوله وتأذى جيرانه) قال فى جامع الفصولين القياس فى جنس هذه المسائل أن من تصرف فى خالص ملكه لايمنع ولو أضر بغيره لكن ترك القياس فى محل يضر بغيره ضررا بينا وقيل وبه أخذ كثير من المشايخ وعليه الفتوى اه وفيه أراد أن يبنى فى داره تنور الخبز دائما أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع عنه لتضرر جيرانه ضررا فاحشا وفيه لو اتخذ داره حماما ويتأذى الجيران من دخانها فلهم منعه الا أن يكون دخان الحمام مثل دخان الجيران اه وانظر ما لو كانت دارا قديمة بهذا الوصف هل للجيران الحادثين أن يغيروا القديم عما كان عليه ط قلت الضرر البين يزال ولو قديما كما أفتى به العلامة المهمندارى ومثله فى حاشية البحر للخير الرملى من كتاب القضاء كما فى كتاب الحيطان من الحامدية (قوله على أنه لحم غنم) الغنم اسم جنس يطلق على الضأن والمعز مصباح والمراد هنا الضأن بحكم العرف (قوله له الرد) اى لاختلاف الرغبة وان كانا فى باب الربا جنسا واحدا تأمل قال فى الملتقط وكذلك اذا اشترى على أنه لحم موجوءة فوجده لحم فحل (قوله قال زن لى الخ) فى المجرد عن أبى حنيفة قال للحام كيف تبيع اللحم فقال كل ثلاثة أرطال بدرهم فقال أخذت منك زن لى فله أن لا يزن وان وزن فلكل واحد منهما أن يرجع فان قبض المشترى او جعل البائع فى وعاء المشترى بأمره فقد تم البيع وعليه درهم قال محمد قال للقصاب زن لى من هذا اللحم كذا بكذا فوزن فله الخيار ولو قال زن لى من هذا الجنب كذا بكذا أو قال زن لى ما عندك من اللحم بحساب كذا فوزنه جاز ولا خيار له وعن ابى يوسف مثله حاوى الزاهدى قلت ولعل وجه قول الامام أن هذا بيع بالتعاطى فلا يتم قبل قبض المبيع وعلى قول محمد يتم بالوزن ان عين الموضع او كان العقد على الكل تأمل (قوله لم يخير) لعل وجهه أن الخبز المشترى منه لا يختلف بخلاف اللحم فان لحم الرقبة او الفخذ أحسن من لحم الخاصرة مثلا فيثبت له الخيار بعد الوزن الا اذا شرى الكل او عين الموضع كهذا الجنب فيتم البيع بالوزن كما علمت تأمل (قوله ان قائما رده الخ) اى لاختلاف الجنس فبطل البيع ولو اختلف النوع لا يرجع بثمنه جامع الفصولين وفيه شرى على أنه بذر بطيخ شتوى فزرعه فوجده صيفيا بطل البيع فيأخذ المشترى ثمنه وعليه مثل ذلك البذر اه قلت ومقتضاه أنه من اختلاف الجنس كما لو وجده بذر قثاء والذى يظهر أنه من اختلاف النوع ويؤيده ما ذكره

مطلب دبغ فى داره وتأذى الجيران

مطلب الضرر البين يزال ولو قديما

مطلب شرى بذر بطيخ فوجده بذر قثاء

فيه أيضا لو شرى بذرا على انه بذر بطيخ كذا فظهر على صفة اخرى جاز البيع لاتحاد الجنس من حيث انه بطيخ واختلاف الصفة لا يفسد العقد ولا يرجع بنقص العيب عند أبي حنيفة اهـ اى لانه ظهر عيبه بعد استهلاكه وذكر فيه قبله شرى برا على أنه ربيعي فزرعه فظهر أنه خريفي اختار المشايخ انه يرجع بنقص العيب وهو قولهما بناء على ما اذا شرى طعاما فأكله فظهر عيبه وقدمر أن الفتوى على قولهما اهـ والحاصل انه اذا ظهر خلاف الجنس كبذر البطيخ وبذر القثاء بطل البيع فيرده لو قائما ويرد مثله لو هالكا ويرجع بالثمن ولو ظهر خلاف الوصف كالربيعي والخريفي صح البيع فيرده لو قائما ولا يرجع بشئ لو هالكا عند الامام وعندهما يرجع بنقصانه وبه يفتى وبقى ما لو زرعه فلم ينبت ففي الخيرية ليس له الرجوع بالثمن ولا بالنقص لانه قد استهلك المبيع ولا رجوع بعد الاتلاف كما صرح به ظهير الدين فى حب القطن وقيل يرجع بنقصانه ان ثبت عدم نباته لعيب به والا لا بالاتفاق لاحتمال أن عدم نباته لرداءة حرثه أو لجفاف أرضه أو لامر آخر اهـ قلت الظاهر أن ما نقله عن ظهير الدين مبنى على قول الامام وقوله وقيل يرجع مبنى على قولهما المفتى به كما علمت (قوله فانكسروا) فى بعض النسخ فانكسرت وهى الاولى لان الواو لجماعة العقلاء (قوله ضمن الاقداح لا القدح) لان القدح قبضه على سوم الشراء بلا بيان الثمن والاقداح انكسرت بفعله فيضمنها بين الثمن اولا كما فى الخانية (قوله بأصلها) هو المدفون فى الارض المسمى شرشا (قوله يقطعه من وجه الارض) عبارة الملتقط يقطعها وفيه أيضا اذا اشترى أشجارا من وجه الارض وفى قطعها بالاصل ضرر فللبائع أن يدفع اليه قيمتها وهى قائمة الا أن يتراضيا على تركها الى وقت لا ضرر فى قطعها وفيه أيضا ولو باع شجرة ان بين موضع قطعها من وجه الارض فعلى ذلك وان بين بأصلها فعلى قرارها من الارض وان لم يبين له أن يقطع من اصلها الا أن تقوم دلالة اهـ (قوله فكسرها المشترى) كذا رأيته فى الملتقط وكأنه مصور فى الصرف والا فالمناسب فكسرها البائع ورأيت فيه تقييد الزيوف بالنبهرجة ويدل له ما نقله بعض المحشين عن الخانية لو أن المشترى دفع الى البائع دراهم صحاحا فكسرها البائع فوجدها نبهرجة كان له أن يردها على المشترى ولا يضمن بالكسر لان الصحاح والمكسرة فيه سواء اهـ (قوله وان طحنه لا يبيع) اى الا أن يبين لانه لا يرى (قوله وقال الثانى الخ) وقال أيضا لا بأس أن يشترى بستوقة اذا بين وأرى للسلطان أن يكسرها لعلها تقع فى ايدى من لا يبين وروى بشر فى الاملاء عنه أكره للرجل أن يعطى الزيوف والنبهرجة والستوقة وان بين ذلك وتجوز بها عند الاخذ من قبل أن انفاقها ضرر على العوام وما كان ضررا عاما فهو مكروه خوفا من الوقوع فى ايدى المدلسة على الجاهل به ومن التاجر الذى لا يتحرج اهـ ملخصا من الهندية (قوله لا ينفقها حتى يعدها) لاحتمال أن يظهر الدرهم معيبا وقد أنفق الفلوس أو بعضها فيلزم الجهالة فى المنفق والظاهر أن محله اذا أخذها عددا لا وزنا وهل ذلك يجرى فى صرف الذهب بالفضة يحرر ط تأمل (قوله ثمنه) الضمير راجع للمشترى اى الثمن الواجب عليه أو للثياب باعتبار كونها مبيعا (قوله لجهالة الاجل) لانه لم يعلم بذلك وقت الدفع نعم لو قال الى شهر على أن يؤديه بسمرقند جاز ويبطل الشرط كما قدمناه اول البيوع (قوله فهو فاسد) لان فيه نفعا للبائع ولا يقتضيه العقد (قوله من الاكار) اى المزارع (قوله يرجع على الدهقان) اى صاحب الارض وفى هذه المسألة كلام سيأتى ان شاء الله تعالى قبيل باب كفالة الرجلين (قوله ان رضى الاكار جاز) اى اذا دفع صاحب الكرم كرمه الى أكار مساقاة بالربع مثلا وعمل الاكار حتى صار له حصة فى الثمر يتوقف بيع الثمر على رضى الاكار لان له فيه حصة فان أجاز البيع يقسم الثمن على قيمة الارض وقيمة الثمر فيأخذ الاكار قدر حصته من ثمن الثمر أما لو دفع أرضه مزارعة على أن يكون البذر من العامل فباع الارض توقف بيع الارض على اجازة المزارع لانه صار بمنزلة مستأجر الارض كما مر فى باب الفضولى ولا يخفى أن هذه مسألة اخرى فافهم (قوله فقبله ولم ينفقه) الاوضح فعرضه على البيع ولم ينفقه ط (قوله بخلاف جارية الخ) الفرق أن المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابض بل هو من جنس حقه لو تجوز به جاز وصار عين حقه فاذا لم يتجوز بقى على ملك الدافع فصح أمر الدافع بالتصرف فهو فى الابتداء تصرف للدافع وفى الانتهاء لنفسه بخلاف التصرف فى العين لانها ملكه فتصرفه لنفسه فبطل خياره ط عن البحر وقدمنا تمام الكلام على هذه المسألة فى خيار العيب عند قول المصنف باع ما اشتراه فرد عليه بعيب الخ فراجعه (قوله قال ابو حنيفة الخ) لا مناسبة لهذه المسألة هنا

* ساوم صاحب الزجاج فدفع له قدحا بنظره فوقع منه على أقداح فانكسروا ضمن الاقداح لا القدح * شرى شجرة بأصلها وفى قلعها من الاصل ضرر بالبائع يقطعه من وجه الارض من حيث لا يتضرر به البائع ولو انهدم من سقوطه حائط ضمن القالع ما تولد من قلعه * دفع دراهم زيوفا فكسرها المشترى لا شئ عليه ونعم ما صنع حيث غشه وخانه وكذا لو دفع اليه لينظر اليه فكسره ولا بأس ببيع المغشوش اذا بين غشه أو كان ظاهرا يرى وكذا
٢ قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى فى حنطة خلط فيها الشعير والشعير يرى لا بأس ببيعه وان طحنه لا يبيع وقال الثانى فى رجل معه فضة نحاس لا يبيعها حتى يبين وكل شئ لا يجوز فانه ينبغى أن يقطع ويعاقب صاحبه اذا أنفقه وهو يعرفه * شرى فلوسا بدرهم فدفعها اليه وقال هى بدرهمك لا ينفقها حتى يعدها * شرى بالدراهم الزيف ورضى بأقل مما يشترى بالجيد حل له * شرى ثيابا ببغداد على أن يوفى ثمنه بسمرقند لم يجز لجهالة الاجل * باع نصف أرضه بشرط خراج كلها على المشترى فهو فاسد * أخذ الخراج من الاكار له أن يرجع على الدهقان استحسانا * شرى الكرم مع الغلة وقبضه ان رضى الاكار جاز البيع وله حصته من الثمن وان لم يرض لم يجز بيعه * قضاه درهما وقال أنفقه فان جاز والا فرده على فقبله ولم ينفقه له رده استحسانا بخلاف جارية وجد بها عيبا فقال اعرضها أو بعها فان نفقت والا ردها فعرضها على البيع سقط الرد * قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى

٢ مطلب شرى شجرة وفى قلعها ضرر

وقدمنا الكلام عليها مستوفى فى فصل محرمات النكاح والله سبحانه اعلم

(مايبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به)

لم يترجم له بفصل ولا باب لدخوله فى باب المتفرقات وما اسم موصول مبتدأ خبره قوله البيع الخ وتقدم فى باب البيع الفاسد بيان الشرط الفاسد والتعليق ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة اخرى وتقدم الكلام عليه فى كتاب الطلاق ومثال الشرط الفاسد بعتك بشرط كذا ومثال التعليق بعتك ان رضى فلان وفى حاشية الاشباه للحموى عن قواعد الزركشى الفرق بين التعليق والشرط أن التعليق داخل فى اصل الفعل بان ونحوها والشرط ما جزم فيه بأصل الفعل أو يقال التعليق ترتيب أمر لم يوجد على امر لم يوجد بان او احدى أخواتها والشرط التزام لم يوجد فى أمر لم يوجد بصيغة مخصوصة اهـ (قوله ههنا أصلان الخ) الذى تحصل من هذين الاصلين أن ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد ويبطل تعليقه أيضا لدخوله فى التمليكات لانها أعم وما ليس مبادلة مال بمال ان كان من التمليكات او التقييدات يبطل تعليقه بالشرط فقط وان لم يكن منهما فان كان من الاسقاطات والالتزامات التى يحلف بها يصح تعليقه بالملائم وغيره وان كان من الاطلاقات والولايات والتحريضات يصح بالملائم فقط وبه يظهر أن قول المصنف ولا يصح تعليقه به معطوف على ما يبطل عطف تفسير فالمراد بالشرط التعليق به ويحتمل أن يكون قاعدة ثانية معطوفة على الاولى على تقدير ما اخرى اى وما لا يصح تعليقه به كما فى قوله تعالى وما أنزل الينا وأنزل اليكم اى وما انزل اليكم فيكون ما فى المتن قاعدتين الاولى ما يبطل بالشرط والثانية ما لا يصح تعليقه به وبدون هذا التقدير يكون قاعدة واحدة اريد بها ما اجتمع فيه الامران وذلك خاص بالتمليكات التى هى مبادلة مال بمال فانها تبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقها به وذلك غير مراد لان المصنف عد من ذلك الرجعة والابراء وعزل الوكيل والاعتكاف والاقرار والوقف والتحكيم وليس فى شئ من ذلك تمليك مال بمال مع أن السبعة المذكورة لا تبطل بالشرط الفاسد فتعين أن يكون ما ذكره المصنف قاعدة واحدة هى ما لا يصح تعليقه بالشرط والعطف للتفسير كما قلنا فان جميع ما ذكره المصنف يبطل تعليقه بالشرط أو قاعدتين كما دل عليه ذكر الاصلين المذكورين وعليه فما ذكره المصنف منه ما هو داخل تحتهما معا ومنه ما هو داخل تحت الثانية فقط ويدل عليه أيضا ما فى الزيلعى حيث قال بعد ذكر ما لا يبطل بالشرط الفاسد ثم الشيخ ذكرهنا ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكر ما يجوز تعليقه بالشرط الخ اذا علمت ذلك ظهر لك أن ههنا أربعة قواعد الاولى ما يبطل بالشرط الفاسد الثانية ما لا يصح تعليقه بالشرط وهاتان المذكورتان هنا والثالثة عكس الاولى وهى ما يأتى فى قول المصنف وما لا يبطل بالشرط بالفاسد الخ والرابعة عكس الثانية وهى المذكورة فى قول الشارح وبقى ما يجوز تعليقه الخ والاولى داخلة تحت الثانية لان كل ما يبطل بالشرط الفاسد لا يصح تعليقه به ولا عكس فالفروع التى ذكرها المصنف كلها داخلة تحت الثانية وبعضها تحت الاولى لخروج الرجعة والابراء ونحوهما كما ذكرناه وما خرج عنها دخل تحت الثالثة والرابعة داخلة تحت الثالثة لان كل ما جاز تعليقه لا يبطله الشرط الفاسد ولا عكس كما ستعرفه ثم اعلم أن قوله لا يصح تعليقه ليس المراد به بطلان نفس التعليق مع صحة المعلق لان ما كان من التمليكات يفسد بالتعليق بل المراد أنه لا يقبل التعليق بمعنى أنه يفسد به فاغتنم تحرير هذا المقام فان به يندفع كثير من الاوهام كما يظهر لك فى تقرير الكلام (قوله وما لا فلا) اى وما لا يكون مبادلة مال بمال بأن كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والطلاق والخلع على مال ونحوها أو كان من التبرعات كالهبة والوصية لا يفسد بالشرط الفاسد وقوله كالقرض هو تبرع ابتداء مبادلة انتهاء فيصلح مثالا للشيئين وانما لم يفسد ذلك لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو فى المعاوضات المالية لا غير لان الربا هو الفضل الخالى عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة كما مر هى زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيها فضل خال عن العوض وهو الربا ولا يتصور ذلك فى المعاوضات الغير المالية ولا فى التبرعات بل يفسد الشرط ويصح التصرف وتمامه فى الزيلعى (قوله من التمليكات) كبيع واجارة واستئجار وهبة وصدقة ونكاح واقرار وابراء كما فى جامع الفصولين فهو أعم مما قبله (قوله او التقييدات) كرجعة وكعزل الوكيل وحجر العبد كما فى الفصولين وذلك أن فى الوكالة والاذن للعبد اطلاقا عما كانا ممنوعين

اذا وطئ رجل امته ثم زوجها مكانه فللزوج وطؤها بلا استبراء وقال ابو يوسف أستقبح ولا يقربها حتى تحيض حيضة كما لو اشتراها كما سيجئ فى الحظر والكل من الملتقط

(ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به)

هاهنا أصلان أحدهما أن كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد كالبيع وما لا فلا كالقرض *ثانيهما أن كل ما كان من التمليكات أو التقييدات كرجعة

قوله بالشرط بالفاسد هكذا بخطه وصوابه بالشرط الفاسد كما هو عبارة المصنف الآتية اهـ مصححه

عنه من التصرف في مال الموكل والمولى وفي العزل والحجر تقييد لذلك الاطلاق وكذا في الرجعة تقييد للمرأة عما اطلق لها بالطلاق من حقوق الزوجية (قوله يبطل تعليقه بالشرط) اى المحض كما في البحر وغيره والظاهر أنه احتراز عن التعليق بشرط كائن فانه تنجيز كما في جامع الفصولين قال ألا ترى أنه لو قال لامرأته انت طالق ان كان السماء فوقنا والارض تحتنا تطلق للحال ولو علق البراءة بشرط كائن يصح ولو قال للخاطب زوجت بنتي من فلان فكذبه فقال ان لم اكن زوجتها منه فقد زوجتها منك فقبل الخاطب وظهر كذب الاب انعقد (قوله والاصح) اى ان لا يكن من التمليكات والتقييدات بأن كان من الاسقاطات المحضة او الالتزامات او الاطلاقات او الولايات او التحريضات صح التعليق (قوله لكن في اسقاطات) اى محضة كالطلاق والعتاق بحر احترازا عن الابراء فانه وان كان اسقاطا لكنه تمليك من وجه كما يأتي فهو من التمليكات (قوله يحلف بهما) الضمير المثنى عائد الى اسقاطات والتزامات وقوله كحج وطلاق لف ونشر مشوش وقوله مطلقا اى بشرط ملائم أو غير ملائم ولم يظهر من كلامه حكم ما لا يحلف به من النوعين ولا امثلته ولم أر من ذكر ذلك ويظهر لى أنه كالتمليكات يبطل تعليقه وأن من الاول تسليم الشفعة اذا علق بشرط غير كائن فانه فاسد ويبقى على شفعته كما سنوضحه ومن الثاني ما اذا التزم ما لا يلزمه شرعا كما لو استأذن جاره لهدم جدار مشترك بينهما فاذن بشرط منع الضرر عنه بنصب خشبات ولم يفعل حتى انهدم منزل الجار لا يضمن لانه ليس عليه حفظ دار شريكه كما في الولوالجية ففيه التزام الحفظ كانه قال اهدم الجدار بشرط نصب الخشبات فلا يصح تأمل (قوله وفي اطلاقات) كالاذن بالتجارة وولايات كالقضاء والامارة وتحريضات نحو من قتل قتيلا فله سلبه اهـ ح (قوله بالملائم) اى يصح تعليقها بالشرط الملائم وفسره في الخلاصة بما يؤكد موجب العقد اهـ مثل ان وصلت الى بلدة كذا فقد وليتك قضاءها أو امارتها أو ان قتلت قتيلا فلك سلبه بخلاف نحو ان هبت الريح (قوله فالاول الخ) قد علمت أن حاصل الاصلين المذكورين في الشرح أن من المسائل ما يفسد بالشرط الفاسد وما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد وما يصح بالشرط وما يصح تعليقه به فهي أربعة الفاسد منها قسمان والصحيح قسمان فقوله فالاول أربعة عشر أراد به الفاسد منها بقسميه وهو الذي عبر عنه المصنف بقوله ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه وأما ما يصح فسيذكر المصنف القسم الاول منه بقوله وما لا يبطل بالشرط الفاسد وذكر الشارح بعده القسم الآخر بقوله وبقي ما يجوز تعليقه بالشرط كما نبهنا عليه اولا وحينئذ فلا حاجة الى أن يراد بالاول الاصل الاول من الاصلين حتى يرد عليه أن الصور التي ذكرها المصنف ليست كلها مبادلة مال بمال بل بعضها فافهم (قوله على ما في الدرر الخ) اى كونها أربعة عشر مبني على ما ذكر في هذه الكتب وأشار به الى انها تزيد على ذلك كما نبه عليه الشارح بعد ويأتي تمامه ثم ان المذكور في اجارة الوقاية ما يصح مضافا وهو ما سيأتي آخرا وليس الكلام فيه كما لا يخفى (قوله البيع) صورة البيع بالشرط قوله بعته بشرط استخدامه شهرا وتعليقه بالشرط كقوله بعته ان كان زيد حاضرا وفي اطلاق البطلان على البيع بشرط تسامح لانه من قبيل الفاسد لا الباطل واليه يشير قوله وقد مر في البيع الفاسد شرنبلالية (قوله ان علقه بكلمة ان) الا في صورة واحدة وهي أن يقول بعت منك هذا ان رضي فلان فانه يجوز ان وقته بثلاثة ايام لانه اشتراط الخيار الى اجنبي وهو جائز بحر لكن فيه أن الكلام في الشرط الفاسد وهذا شرط صحيح تأمل (قوله على ما بينا في البيع الفاسد) اى من انه ان كان مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل به كشرط تسليم المبيع أو الثمن او التأجيل أو الخيار أو حذاء النعل لا يفسد ويصح الشرط وان لم يكن كذلك فان كان فيه منفعة لاهل الاستحقاق فسد والا فلا اهـ وقول العاقد بشرط كذا بمنزلة على ولا بد أن لا يقرن الشرط بالواو والا جاز ويجعل مشاورة وأن يكون في صلب العقد حتى لو ألحقاه به لم يلتحق في اصح الروايتين مكي وفي الذخيرة اشترى حطبا في قرية شراء صحيحا وقال موصولا بالشراء من غير شرط في الشراء احمله الى منزلي لا يفسد أو استأجر أرضا للزراعة ثم قال بعد تمامها ان الجرف على المستأجر لا تفسد لانه كلام مبتدأ اهـ ط وتقدم آخر باب خيار الشرط أن البيع لا يفسد بالشرط في اثنين وثلاثين موضعا ذكرها في الاشباه وأوضحناها هنالك (قوله والقسمة) من صور فسادها بالشرط ما اذا اقتسم الشريكان على أن لاحدهما الصامت وللآخر العروض أو على أن يشتري أحدهما من الآخر داره بألف أو على شرط هبة أو صدقة أما لو اقتسما على أن يزيده شيأ

يبطل تعليقه بالشرط والاصح لكن في اسقاطات والتزامات يحلف بهما كحج وطلاق يصح مطلقا وفي اطلاقات وولايات وتحريضات بالملائم بزازية فالاول اربعة عشر على ما في الدرر والكنز واجارة الوقاية (البيع) ان علقه بكلمة ان لا بعلى على ما بينا في البيع الفاسد (والقسمة) للمثلي

معلوما فهو جائز كالبيع وكذا على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة بحر عن الولوالجية وقال أيضا وصورة تعليقها أن يقتسموا دارا وشرطوا رضى فلان لان القسمة فيها معنى المبادلة فهي كالبيع عيني ومر جواز تعليق البيع برضى فلان على أنه شرط خيار اذا وقته ولكن في الولوالجية خيار الشرط والرؤية يثبت في قسمة لا يجبر الآبي عليها وهي قسمة الاجناس المختلفة لا فيما يجبر عليها كالمثلي من جنس واحد بحر ملخصا وحاصله أن تعليق القسمة على رضى فلان غير موقت لا يصح مطلقا وموقتا يصح في الجنس الواحد على أنه خيار شرط لاجنبي كما يصح في البيع فكلام العيني محمول على غير الموقت أو على الاجناس المختلفة ثم اعلم أن القسمة التي يجبر الآبي عليها لا تختص بالمثلي لانها تكون في العروض المتحد جنسها الا الرقيق والجواهر فلا يجبر عليها كقسمة الاجناس بعضها في بعض وكدور مشتركة أو دار وضيعة فيقسم كل منها وحده لا بعضها في بعض الا بالتراضي كما سيأتي في بابها (قوله أما قسمة القيمي الخ) أفاد أن قسمة المثلي لا تصح بالشرط مطلقا أما قسمة القيمي فتصح ان علقت بخيار شرط أو رؤية والا فلا لكن علمت أن الافتراق بين الجبر وعدمه لا بين المثلي والقيمي فافهم وأيضا فالكلام في الشرط الفاسد كما مر وشرط الخيار ليس شرطا فاسدا فلا حاجة الى التنبيه على صحته تأمل (قوله والاجارة) اى كأن آجر داره على أن يقرضه المستأجر أو يهدى اليه أو ان قدم زيد عيني ومن ذلك استأجر حانوتا بكذا على أن يعمره ويحسب ما انفقه من الاجرة فعليه أجر المثل وله ما أنفق وأجر مثل قيامه عليه وتمامه في البحر وبه علم انها تفسد بالشرط الفاسد وبالتعليق لانها تمليك المنفعة والاجرة (قوله فيصح به يفتى) لعل وجهه انه وقت يجيء لا محالة فلم يكن تعليقا بخطر أو هو اضافة لا تعليق والاجارة تقبل الاضافة كما سيأتي وعليه فلا حاجة الى الاستثناء (قوله مع انه تعليق بعدم التفريغ) ولعل وجه صحته انه لما كان التفريغ واجبا على الغاصب في الحال فاذا لم يفرغ صار راضيا بالاجارة في الحال كأنه علقه على القبول فقبل تأمل (قوله فقول البكر الخ) الاولى ابدال البكر بالبالغة كما هو في عبارة البزازية (قوله وكذا كل ما لا يصح تعليقه بالشرط) وهو التمليكات والتقييدات كما مر وهذا التعميم أخذه في البحر من اطلاق عبارة الكنز لفظ الاجازة واستشهد له بما مر عن البزازية وأقره في النهر واعترضه الحموي بما في القنية قال باع عني فلان عبدك بكذا فقال ان كان كذا فقد أجزته أو فهو جائز جاز ان كان بكذا أو بأكثر من ذلك النوع ولو أجاز بثمن آخر يبطل اهـ قلت قد يجاب بأن هذا تعليق بكائن فلم يكن شرطا محضا كما لو قال ان لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك كما قدمناه تأمل (قوله فقصرها على البيع قصور) تعريض بما يفيده كلام العيني حيث صور الاجازة بقوله بأن باع فضولي عبده فقال اجزته بشرط أن تقرضني أو تهدي الي او علق اجازته بشرط لانها بيع معنى اهـ ومثله قول الدرر والبيع واجازته وقال ح ينبغي أن يراد بالاجازة اجازة عقد هو مبادلة مال بمال لان كلامه فيما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط وذلك خاص بالمعاوضات المالية وما ذكره عن البزازية من اجازة النكاح صحيح في نفسه لكنه لا يلائم المتن لان اجازة النكاح مثله فلا تبطل بالشرط الفاسد وان لم يصح تعليقها به اهـ ملخصا قلت قد علمت مما قررناه سابقا أن ما ذكره المصنف قاعدتان لا واحدة والفروع التي ذكرها المصنف بعضها مفرع على القاعدتين وبعضها على واحدة منهما فمثل اجازة النكاح مفرعة على الثانية فقط ومثل اجازة البيع مفرعة على كل منهما وكان من اقتصر على تصويرا لاجازة بالبيع قصد بيان ما تفرع على القاعدتين فافهم (قوله قال شيخنا في بحره) من كلام المصنف في المنح (قوله وأطال الكلام الخ) حاصله أن ما ذكره في الكنز لم ينفرد به بل قاله جماعة غيره ويدل على بطلانه أن المذكور في كافي الحاكم وغيره أن تعليق الرجعة بالشرط باطل ولم يذكروا أنها تبطل بالشرط الفاسد وكيف تبطل به مع أن اصلها وهو النكاح لا يبطل به وصرح في البدائع بأنها تصح مع الاكراه والهزل واللعب والخطا كالنكاح وفي كتب الاصول من بحث الهزل أن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة وما لا يصح معه تبطله اهـ قلت وقد مر أيضا في الاصل الاول أن ما ليس مبادلة مال بمال لا يفسد بالشرط الفاسد ولا يخفى أن الرجعة كذلك والجواب عما قاله في البحر أنه مبني على أن قولهم ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به قاعدة واحدة والفروع المذكورة بعدها مفرعة عليها وذلك غير صحيح بل هما قاعدتان كما قررناه والرجعة مفرعة على الثانية منهما فقط فلا بطلان في كلامهم بعد فهم مرامهم فافهم (قوله لكن تعقبه في النهر) حيث قال وحيث ذكر الثقات بطلانها

أما قسمة القيمي فتصح بخيار شرط ورؤية (والاجارة) الا في قوله اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك داري بكذا فيصح به يفتى عمادية وقوله لغاصب داره فرغها والا فاجرتها كل شهر بكذا جاز كما سيجيء في متفرقات الاجارة مع انه تعليق بعدم التفريغ (والاجازة) بالزاي فقول البكر أجزت النكاح ان رضيت امي مبطل للاجازة بزازية وكذا كل ما لا يصح تعليقه بالشرط اذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق اجازته بالشرط بحر فقصرها على البيع قصور كما وقع في المنح (والرجعة) قال المصنف انما ذكرتها تبعا للكنز وغيره قال شيخنا في بحره وهو خطأ والصواب أنها لا تبطل بالشرط اعتبارا لها بأصلها وهو النكاح وأطال الكلام لكن تعقبه في النهر وفرق بأنها لا تفتقر لشهود ومهر وله رجعة أمة على حرة نكحها بعد طلاقها وتبطل بالشرط بخلاف النكاح

بالشرط

بالشرط الفاسد لم يبق الشأن الا في السبب الداعي للتفرقة بينها وبين النكاح ثم ذكر الفرق المذكور في الشرح واعترضه ح بأنه لا يلزم من مخالفتها النكاح في أحكام أن تخالفه في هذا الحكم اهـ قلت وأيضا فقوله وتبطل بالشرط هو محل النزاع فالصواب ذكره بالفاء لا بالواو وعلى انك قد سمعت الجواب الحاسم لمادة الاشكال (تنبيه) علل في الخلاصة لعدم صحة تعليق الرجعة بالشرط بأنه انما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف به ولا يحلف بالرجعة اهـ واعترضه في نور العين بأن عدم التحليف في الرجعة قول الامام والمفتى به قولهما انه يحلف وعليه فينبغي أن يصح تعليقها بالشرط اهـ قلت اشتبه عليه الامر فان قول الخلاصة لا يحلف بالرجعة بتخفيف اللام بمعنى انه لا يقال ان فعلت كذا فعلي أن أراجع زوجتي كما يقال فعلي حج أو عمرة أو غيرهما مما يحلف به وكأنه ظنه يحلف بتشديد اللام وجعل الباء للسببية أي اذا أنكر الرجعة لا يحلفه القاضي عليها كبقية المسائل الستة التي لا يحلف عليها المنكر عنده وعندهما يحلف ولا يخفى أن هذا من بعض الظن فاجتنبه (قوله والصلح عن مال بمال) كصالحتك على أن تسكنني في الدار سنة أو ان قدم زيد لانه معاوضة مال بمال فيكون بيعا عيني وفي صلح الزيلعي انما يكون بيعا اذا كان البدل خلاف جنس المدعى به فلو على جنسه فان بأقل منه فهو حط وابراء وان بمثله فقبض واستيفاء وان بأكثر فهو فضل وربا (قوله وفي النهر الظاهر الاطلاق) أي عدم التقييد بكونه بيعا فيشمل ما اذا كان على جنس المدعى بصوره الثلاث المذكورة آنفا لكن الاولى منها داخلة في الابراء الآتي والثالثة فاسدة بدون الشرط والتعليق لكونها ربا وأما الثانية فيظهر عدم فسادها مطلقا تأمل ويحتمل أن يراد بالاطلاق عدم التقييد بكونه عن اقرار بقرينة التفريع وما قيل من أن الحق التقييد لان الكلام فيما يبطل بالشرط الفاسد وهو المعاوضات المالية والصلح عن سكوت أو انكار ليس منها فجوابه ما علمته من أن المفرع عليه قاعدتان لا واحدة فما لم يصلح فرعا للاولى يكون فرعا للثانية ولذا اقتصر الشارح على قوله ولا يجوز تعليقه فافهم (قوله والابراء عن الدين) بأن قال أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهرا أو ان قدم فلان عيني وفي العزمية عن ايضاح الكرماني بأن قال أبرأت ذمتك بشرط أن لي الخيار في رد الابراء وتصحيحه في أي وقت شئت أو قال ان دخلت الدار فقد أبرأتك أو قال لمديونه أو كفيله اذا أديت الي كذا أو متى أديت أو ان أديت الي خمسمائة فأنت برئ عن الباقي فهو باطل ولا ابراء اهـ وذكر في البحر صحة الابراء عن الكفالة اذا علقه بشرط ملائم كان وافيت به غدا فأنت برئ فوافاه به برئ من المال وهو قول البعض وفي الفتح انه الاوجه لانه اسقاط لا تمليك بحر وسيأتي تمام الكلام عليه في بابها (قوله لانه تمليك من وجه) حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط بحر عن العيني وفيه أن الابراء عن الدين ليس من مبادلة المال بالمال فينبغي أن لا يبطل بالشرط الفاسد وكونه معتبرا بالتمليكات لا يدل الا على بطلان تعليقه بالشرط ولذلك فرعه عليه وعلى هذا فينبغي أن يذكر في القسم الآتي هذا ما ظهر لي فتأمله ح وهكذا قال في البحر ان الابراء يصح تقييده بالشرط وعليه فروع كثيرة مذكورة في آخر كتاب الصلح وذكر الزيلعي هناك أن الابراء يصح تقييده لا تعليقه اهـ وأوضحناه فيما علقناه على البحر لكن لا بد أن يكون الشرط متعارفا كما يأتي والحاصل أن الابراء متفرع على القاعدة الثانية فقط فلذا ذكره هنا فافهم ومن فروعه ما في البحر عن المبسوط لو قال للخصم ان حلفت فأنت برئ فهذا باطل لانه تعليق البراءة بخطر وهي لا تحتمل التعليق اهـ ويصح تفريع الابراء على القاعدة الاولى أيضا اذا كان الشرط غير متعارف ومنه ما نقلناه عن العزمية فافهم (قوله الا اذا كان الشرط متعارفا) كما لو أبرأته مطلقته بشرط الامهار فيصح لانه شرط متعارف وتعليق الابراء بشرط متعارف جائز فان قبل الامهار وهو بأن يمهرها فأبت ولم تزوج نفسها منه لا يبرأ لفوات الامهار الصحيح ولو أبرأته المبتوتة بشرط تجديد النكاح بمهر ومهر مثلها مائة فلو جدد لها نكاحا بدينار فأبت لا يبرأ بدون الشرط قالت المسرحة لزوجها تزوجني فقال هبي لي المهر الذي لك علي فأتزوجك فأبرأته مطلقا غير معلق بشرط التزوج يبرأ اذا تزوجها والا فلا لانه ابراء معلق دلالة وقيل لا يبرأ وان تزوجها لانه رشوة بحر عن القنية ومنه يعلم أن التعليق يكون بالدلالة ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة فليحفظ ذلك رملي والمراد بالتعليق المذكور التقييد بالشرط بقرينة الامثلة المذكورة (قوله أو علقه بأمر كائن الخ) منه ما في جامع الفصولين لو قال لغريمه ان كان لي عليك دين فقد أبرأتك وله عليه دين برئ لانه علقه بشرط كائن فتنجز اهـ

(والصلح عن مال) بمال درر وغيرها وفي النهر الظاهر الاطلاق حتى لو كان عن سكوت أو انكار كان فداء في حق المنكر ولا يجوز تعليقه (والابراء عن الدين) لانه تمليك من وجه الا اذا كان الشرط متعارفا أو علقه بأمر كائن

---

٢ قوله وذكر الزيلعي الخ قلت وحاصل ما ذكره الزيلعي هناك انه لو قال أد الي نصف الالف على أنك برئ من الفضل ففعل برئ ولو قال ان أو اذا أو متى أديت لا يصح لانه صريح الشرط وفي

٢ أبرأتك من نصفه على أن تعطيني نصفه غدا يبرأ وان لم يؤده لان البراءة حصلت بالاطلاق أولا فلا تتغير بما يوجب الشك آخرا لان كلمة على تكون للشرط وللمعاوضة فتحمل على الشرط عند تعذر المعاوضة والابراء يجوز تقييده بالشرط لا تعليقه وفي الاولى لم يبرئ أولا وآخره معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك لان على تحتمل الشرط فلا يبرأ الا بالاداء وتحتمل العوض فيبرأ مطلقا فلا يبرأ بالشك اهـ منه

(قوله كان أعطيته شريكي الخ) هذا ذكره في الدرر بألفاظ فارسية وفسره الوافي بذلك والظاهر أن المراد بالبراءة هنا براءة الاسقاط فيردّ عليه ما قبضه شريكه الا أن يكون المراد الابراء عن باقي الدين (قوله وكذا بموته الخ) في الخانية لو قال لمديونه اذا مت فأنت بريء من الدين جاز ويكون وصية ولو قال ان مت أي بفتح التاء لا يبرأ وهو مخاطرة كان دخلت الدار فأنت بريء لا يبرأ اهـ وفيها لو قالت المريضة لزوجها ان مت من مرضي هذا فمهري عليك صدقة او أنت في حل منه فماتت فيه فمهرها عليه لان هذه مخاطرة فلا تصح اهـ قلت والفرق بين هذه المسائل مشكل فان الموت في الاولين محقق الوجود فان كان المراد بالمخاطرة هو الموت مع بقاء الدين فهو موجود في المسألتين ولعل الفرق أن تعليقه بموت نفسه أمكن تصحيحه على أنه وصية وتعليق الوصية صحيح كما سيأتي حتى تصح من العبد بقوله اذا اعتقت فثلث مالي وصية كما في وصايا الزيلعي بخلاف تعليقه بموت المديون فانه لا يمكن جعله وصية فبقي محض ابراء ولا يعلم أنه هل يبقى الدين الى موته فكان مخاطرة فلم يصح وكذلك مسألة المهر فيها مخاطرة من حيث تعليق الابراء على موتها من ذلك المرض فانه لا يعلم هل يكون أولا لكن علمت أن الوصية يصح تعليقها بالشرط فان قيد بما ليس فيه مخاطرة يلزم أن لا تصح هذه الوصية لو كانت لاجنبي مع أن حقيقة الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت ويصح تعليقها بالعتق كما علمت وان كانت المخاطرة من حيث انه لا يعلم هل تجيز الورثة ذلك أولا أو هل يكون أجنبيا عنها وقت الموت حتى تصح الوصية أولا لم يبق فائدة لقولها من مرضي هذا او يلزم منه صحة التعليق اذا قالت ان مت بدون قولها من مرضي هذا ويحتاج الى نقل في المسألة (قوله على ما بحثه في النهر) حيث قال بعد مسألة المهر السابقة وينبغي أنه ان اجازته الورثة يصح لان المانع من صحة الوصية كونه وارثا اهـ وفيه أن المانع كونه مخاطرة كما صرح به في عبارة الخانية ط (قوله وعزل الوكيل) بأن قال له عزلتك على أن تهدى الي شيأ أو ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط عيني قال في البحر تعليله يقتضي عدم صحة تعليقه لا كونه يبطل بالشرط وعندي أن هذا خطأ ايضا وأنه مما لا يصح تعليقه لا مما يبطل بالشرط اهـ ملخصا ويدل عليه أن ما يفسد بالشرط الفاسد ما كان مبادلة مال بمال وهذا ليس منها بل هو من التقييدات كما مر فيبطل تعليقه فيكون مفرّعا على القاعدة الثانية فقط فلم يكن ذكره هنا خطأ فافهم وقيد بعزل الوكيل لان الوكالة تخالفه حيث يصح تعليقها كما يأتي (قوله والاعتكاف) قال في البحر عندي أن ذكره هنا خطأ لما في القنية قال لله علي اعتكاف شهر ان دخلت الدار ثم دخل لزمه عند علمائنا فاذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لما في جامع الفصولين ما جاز تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد وكيف والاجماع على صحة تعليق المنذور من العبادات أي عبادة كانت حتى ان الوقف كما يأتي لا يصح تعليقه بالشرط ولو علق النذر به بشرط صح التعليق وفي الخانية الاعتكاف سنة مشروعة يجب بالنذر والتعليق بالشرط والشروع فيه ثم قال وأجمعوا أن النذر لو كان معلقا بان قال ان قدم غائبي أو شفي الله مريضي فلله علي أن أعتكف شهرا فعجل شهرا قبل ذلك لم يجز فهذه العبارة دالة على صحة تعليقه بالاجماع وهذا الموضع الثالث مما اخطأوا فيه والخطأ هنا أقبح لكثرة الصرائح بصحة تعليقه وأنا متعجب لكونهم تداولوا هذه العبارات متونا وشروحا وفتاوى وقد يقع كثيرا أن مؤلفا يذكر شيأ خطأ فينقلونه بلا تنبيه فيكثر الناقلون وأصله لواحد مخطئ اهـ وتمامه فيه وأجاب العلامة المقدسي بأن المراد أن نفس الاعتكاف لا يعلق بالشرط لانه ليس مما يحلف به قال في النهر وهو مردود بما في هبة النهاية جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ثلاثة عشر وعدّ منها تعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط ويمكن أن يجاب عنه بأن معناه ما اذا قال أوجبت علي الاعتكاف ان قدم زيد لكنه خلاف الظاهر فتدبره اهـ ثم قال والحق أن كلامهم هنا محمول على رواية في الاعتكاف وان كانت الاخرى هي التي عليها الاكثر اهـ قلت وفيه نظر لما علمت من أن ما هنا مذكور في المتون والشروح والفتاوى بل الصواب في الجواب أنه اذا كان كلامهم فيما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد علم أن مرادهم أنه لا يصح تعليق الاعتكاف بالشرط الفاسد لا بمطلق شرط واذا أجمعوا على أن تعليق الاعتكاف بشرط ملائم كان شفى الله مريضي صحيح كيف يصح حمل كلامهم هنا على ما يناقضه ثم يعترض عليهم بأنهم أخطأوا وتداولوا الخطأ حتى لا يبقى لاحد ثقة بكلامهم الذي يتوافقون عليه مع أنا نرد على من خرج عن كلامهم بما تداولوه فانهم قدوتنا وعمدتنا شكر الله سعيهم بل الواجب حمل كلامهم على وفق مرامهم

مطلب
قال لمديونه اذا مت فأنت بريء

كان أعطيته شريكي فقد أبرأته وقد أعطاه صح وكذا بموته ويكون وصية ولو لوارثه على ما بحثه في النهر (وعزل الوكيل والاعتكاف)

وذلك

وذلك كما مثل به فى الحواشي العزمية بقوله فساد الاعتكاف بالشرط بأن قال من عليه اعتكاف أيام نويت
أن أعتكف عشرة أيام لاجله بشرط أن لا أصوم أو أباشر امرأتى فى الاعتكاف أو أن أخرج عنه فى أى وقت
شئت بحاجة أو بغير حاجة يكون الاعتكاف فاسدا وتعليقه بالشرط بأن يقول نويت أن أعتكف عشرة أيام
ان شاء الله تعالى اهـ لكن هذا تصوير لنفس الاعتكاف لا لايجابه فيه وتصوير ايجابه بأن يقول لله على
أن أعتكف شهرا بشرط أن لا أصوم الخ أو ان رضى زيد وقد يقال ان الشروع فيه موجب أيضا فاذا شرع
فيه بالنية على هذا الشرط الفاسد لم يصح ايجابه فافهم والحمد لله على ما ألهم (قوله فانهما ليسا مما يحلف به)
هذا صحيح فى عزل الوكيل أما الاعتكاف فيحلف به بالاجماع كما علمت أفاده ح (قوله والصحيح الحاق
الاعتكاف بالنذر) أى فى صحة تعليقه بالشرط وهذا التصحيح مأخوذ من قول النهر وان كانت الاخرى هى
التى عليها الاكثر فهو تضعيف للرواية التى مشى عليها أصحاب المتون والشروح وقد علمت الجواب الصواب
(قوله لانهما اجارة) فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشرط الفاسد ولا يجوز تعليقهما بالشرط كما
لو قال زارعتك أرضى أو ساقيتك كرمى على أن تقرضنى ألفا أو ان قدم زيد وتمامه فى البحر قال الرملى وبه يعلم
فساد ما يقع فى بلادنا من المزارعة بشرط مؤنة العامل على رب الارض سواء كانت من الدراهم أو من الطعام
(قوله والاقرار) بأن قال لفلان على كذا ان أقرضنى كذا أو ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا يصح
تعليقه بالشرط عينى وفى المبسوط ادّعى عليه مالا فقال ان لم آتك غدا فهو على لم يلزمه ان لم يأت به غدا لانه
تعليق الاقرار بالخطر وفيه لفلان على ألف درهم ان حلف أو على أن يحلف فحلف فلان وجحد المقر لم يؤخذ به
لانه علق الاقرار بشرط فيه خطر والتعليق بالشرط يخرجه من أن يكون اقرارا اهـ بحر وظاهره أن قوله
على أن يحلف تعليق لا شرط لكن قد يطلق التعليق على التقييد بالشرط وذكر فى البحر أن ظاهر الاطلاق دخول
الاقرار بالطلاق والعتق مثل ان دخلت الدار فأنا مقر بطلاقها أو بعتقه فلا يقع بخلاف تعليق الانشاء ويدل
على الفرق بينهما أنه لو أكره على الانشاء به وقع أو على الاقرار به لم يقع هذا وقد حكى الزيلعى فى كتاب الاقرار
خلافا فى أن الاقرار المعلق باطل أولا ونقل عن المبسوط ما يشهد لصحته فظاهره تصحيحه والحق تضعيفه
لتصريحهم هنا بأنه لا يصح تعليقه بالشرط وانه يبطل بالشرط الفاسد اهـ ملخصا واعترضه فى النهر بأنه حيث
اعتمد على كلامهم هنا كان عليه التزامه فى عزل الوكيل والاعتكاف قلت انما لم يلتزمه فيهما بناء على ما فهمه
من مخالفته لكلامهم ولا يلزم اطراده فى باقى المسائل ثم فى كون الاقرار مما يبطل بالشرط نظر لانه ليس
من المعاوضات المالية ولم أر من صرح ببطلانه به ولا يلزم من ذكره هنا بطلانه لما علمته مما مر مرارا أن ما ذكره
المصنف من الفروع بعضه مما يبطل بالشرط وبعضه مما لا يبطل فلا بد من نقل صريح ولا سيما وقد اقتصر
الزيلعى وغيره على ذكر أنه لا يصح تعليقه بالشرط فليراجع (قوله الا اذا علقه بمجىء الغد) كقوله على ألف
اذا جاء غد أو رأس الشهر أو أفطر الناس لان هذا ليس بتعليق بل هو دعوى الاجل الى الوقت المذكور
فيقبل اقراره ودعواه الاجل لا تقبل الا بحجة زيلعى من كتاب الاقرار (قوله أو بموته) مثل له على ألف
ان مت فهو عليه مات أو عاش لانه ليس بتعليق لان موته كائن لا محالة بل مراده الاشهاد عليه ليشهدوا به بعد
موته اذا جحدت الورثة فهو تأكيد للاقرار زيلعى (قوله والوقف) لانه ليس مما يحلف به فلو قال ان قدم
ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفا لان شرطه أن يكون منجزا جزم به فى فتح
القدير والاسعاف حيث قال اذا جاء غد أو رأس الشهر أو اذا كلمت فلانا أو اذا تزوجت فلانة فأرضى صدقة
موقوفة يكون باطلا لانه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر وفيه أيضا وقف أرضه على أن له أصلها أو على
أن لا يزول ملكه عنها أو على أن يبيع أصلها ويتصدق بثمنها كان الوقف باطلا وحكى فى البزازية وغيرها أن عدم
صحة تعليقه رواية والظاهر ضعفها لجزم المصنف وغيره بها نهر وصوابه أن يقول والظاهر اعتمادها أو ضعف
مقابلتها اللهم الا أن يكون الضمير للحكاية المفهومة من قوله وحكى تأمل ومقتضى ما نقله عن الاسعاف ثانيا
أن الوقف يبطل بالشرط الفاسد مع أنه ليس مبادلة مال بمال وأن المفتى به جواز شرط استبداله ولا يلزم من ذكر
المصنف له هنا أنه مما يبطل بالشرط الفاسد لما قدمناه غير مرة بل ذكر فى العزمية أن قاضى خان صرح بأنه لا يبطل

فانهما ليسا مما يحلف به فلم يجز
تعليقهما بالشرط وهذا فى احدى
الروايتين كما بسطه فى النهر والصحيح
الحاق الاعتكاف بالنذر
(والمزارعة والمعاملة) أى
المساقاة لانهما اجارة (والاقرار)
الا اذا علقه بمجىء الغد أو بموته
فيجوز ويلزمه المال عينى (والوقف

بالشروط الفاسدة ويمكن التوفيق بينه وبين ما في الاسعاف بأن الشرط الفاسد لا يبطل عقد التبرع اذا لم يكن موجبه نقض العقد من أصله فان اشتراط أن تبقى رقبة الارض له أو أن لا يزول ملكه عنها أو أن يبيعها بلا استبدال نقض للتبرع (قوله لانه صلح معنى) قال في الدرر فانه تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار أنه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار أنه تولية يصح فلا يصح بالشك اهـ والظاهر أنه لا يفسد بالشرط الفاسد لانه ليس مبادلة مال بمال (قوله عند الثاني) وعند محمد يجوز كالوكالة والامارة والقضاء بحر (قوله كما في قضاء الخانية) ومثله في بيوع الخلاصة (قوله وبقي ابطال الاجل) بقي أيضا تعليق الكفالة بشرط غير ملائم كما سيأتي في بابها ان شاء الله تعالى والاقالة كما مر في بابها ويأتي مثاله والكتابة بشرط في صلب العقد كما يأتي بيانه قريبا والعفو عن القود والاعارة ففي جامع الفصولين قال للقاتل اذا جاء غد فقد عفوتك عن القود لا يصح لمعنى التمليك قال اذا جاء غد فقد أعرتك تبطل لانها تمليك المنفعة وقيل تجوز كالاجارة وقيل تبطل الاجارة ولو قال أعرتك غدا تصح العارية اهـ وبقي أيضا عزل القاضي في أحد القولين كما يأتي وسيذكر الشارح أن ما لا تصح اضافته لا يعلق بالشرط (قوله ففي البزازية انه يبطل بالشرط الفاسد) بأن قال كلما حل نجم ولم تؤد فالمال حال صح وصار حالا هكذا عبارة البزازية واعترضها في البحر بأنها سهو ظاهر لانه لو كان كذلك لبقي الاجل فكيف يقول صح وعبارة الخلاصة وابطال الاجل يبطل بالشرط الفاسد ولو قال كلما حل نجم الخ فجعلها مسألة أخرى وهو الصواب اهـ وذكر العلامة المقدسي أن العبارتين مشكلتان وأن الظاهر أن المراد أن الاجل يبطل وأنه اذا علق على شرط فاسد كعدم اداء نجم في المثال المذكور يبطل به الاجل فيصير المال حالا اهـ وحاصله أن لفظ ابطال في عبارتي البزازية والخلاصة زائد وأنه لا مدخل لذكره في هذا القسم أصلا (قوله وكذا الحجر) يوهم انه يفسد بالشرط الفاسد وليس كذلك كما سيأتي نعم لا يصح تعليقه بالشرط قال في جامع الفصولين ولو قال لقنه اذا جاء غد فقد أذنت لك في التجارة صح الاذن ولو قال اذا جاء غد فقد حجرت عليك لا يصح والقاضي لو قال لرجل قد حجرت عليك اذا سفهت لم يكن حكما بحجره ولو قال لسفيه قد أذنت لك اذا صلحت جاز اهـ (قوله وما يصح ولا يبطل بالشرط الفاسد) شروع في القاعدة الثالثة المقابلة للاولى والاصل فيها ما ذكره في البحر عن الاصوليين في كتب الاصول في بحث الهزل من قسم العوارض أن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة وما لا يصح مع الهزل تبطله الشروط الفاسدة اهـ والمراد بقول الشارح ما يصح أي في نفسه ويلغو الشرط وانما زاده لكون نفي البطلان لا يستلزم الصحة لصدقه على الفساد فافهم (قوله لعدم المعاوضة المالية) أشار الى ما قدمه في الاصل الاول من أن ما ليس مبادلة مال بمال لا يفسد بالشرط الفاسد أي ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وذلك فضل خال عن العوض فيكون ربا والربا لا يكون في المعاوضات الغير المالية ولا في التبرعات (قوله وزدت ثمانية) هي الابراء عن دم العمد والصلح عن جناية غصب ووديعة وعارية اذا ضمنها الخ والنسب والحجر على المأذون والغصب وأمان القن ط قلت وقدمنا أن كل ما جاز تعليقه لا يفسد بالشرط الفاسد وسيأتي أيضا (قوله القرض) كأقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني سنة وفي البزازية وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم والذي في الخلاصة عن كفالة الاصل والقرض بالشرط حرام اهـ نهر اى فالمراد بالتعلق الشرط وفي صرف البزازية أقرضه على أن يوفيه بالعراق فسد اهـ أي فسد الشرط والا خالف ما هنا تأمل (قوله والهبة والصدقة) كوهبتك هذه المائة أو تصدقت عليك بها على أن تخدمني سنة نهر فتصح ويبطل الشرط لانه فاسد وفي جامع الفصولين ويصح تعليق الهبة بشرط ملائم كوهبتك على أن تعوضني كذا ولو مخالفا تصح ٢ الهبة لا الشرط اهـ وفي حاشيته للخير الرملي أقول يؤخذ منه جواب واقعة الفتوى وهب لزوجته بقرة على انه ان جاء أولادها منها تهب البقرة لهم وهو صحة الهبة وبطلان الشرط اهـ وسيذكر الشارح أن الهبة يصح تعليقها بالشرط ويأتي الكلام عليه (قوله والنكاح) كتزوجتك على أن لا يكون لك مهر فيصح النكاح ويبطل الشرط ويجب مهر المثل ومن هذا القبيل ما في الخانية تزوجتك على أني بالخيار يجوز النكاح ولا يصح الخيار لانه ما علق النكاح بالشرط بل باشر النكاح وشرط الخيار اهـ وليس منه ان أجاز أبي أو رضي لانه تعليق والنكاح لا يحتمله فلا يصح كما في الخانية وكلام النهر هنا غير محرر فتدبر وفي الظهيرية لو كان الاب حاضرا فقبل

و) الرابع عشر (التحكيم) كقول المحكمين اذا أهل الشهر فاحكم بيننا لانه صلح معنى فلا يصح تعليقه ولا اضافته عند الثاني وعليه الفتوى كما في قضاء الخانية وبقي ابطال الاجل ففي البزازية انه يبطل بالشرط الفاسد وكذا الحجر على ما في الاشباه (وما) يصح و (لا يبطل بالشرط الفاسد) لعدم المعاوضة المالية سبعة وعشرون على ما عده المصنف تبعا للعيني وزدت ثمانية (القرض والهبة والصدقة والنكاح

٢ وفي الخانية من الهبة وهبت مهري منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل امرها بيدي فان لم يقبل بطلت الهبة وان قبل في المجلس صحت ثم ان فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية والا فكذلك عند البعض كمن أعتق أمة على أن لا تتزوج عتقت تزوجت أولا ٢ قالت وهبت مهري ان لم تطلقني فقبل ثم طلقها فالهبة فاسدة للتعليق بالشرط وتمامه في البحر عند قوله والابراء عن الدين ومفاده انه لو لم يطلقها تصح الهبة في صريح التعليق بالشرط تأمل اهـ منه

فى المجلس جاز قال فى النهر وهو مشكل والحق ما فى الخانية اه قلت ما فى الظهيرية ذكره فى الخانية أيضا عن امالى أبى يوسف وقال انه استحسان (قوله والطلاق) كطلقتك على أن لا تتزوجى غيرى بحر والظاهر أنه اذا قال ان لم تتزوجى غيرى فكذلك ويأتى بيانه قريبا (قوله والخلع) كخالعتك على أن لى الخيار مدة يراها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال وأما اشتراط الخيار لها فصحيح عند الامام كما مضى بحر (قوله والعتق) بأن قال اعتقتك على أنى بالخيار بحر وقدمنا آنفا لو أعتق أمة على أن لا تتزوج عتقت تزوجت أو لا (قوله والرهن) بأن قال رهنتك عبدى بشرط أن استخدمه او على أن الرهن ان ضاع ضاع بلا شئ أو ان لم أوف متاعك لك الى كذا فالرهن لك بمالك بطل الشرط وصح الرهن بحر (قوله كجعلتك وصيا الخ) هذا المثال أحسن مما فى البحر جعلتك وصيا على أن يكون لك مائة لان الكلام فى الشرط الفاسد الذى لا يفسد العقد وما هنا صحيح نهر وفيه نظر فانه قال فى البزازية فهو وصى والشرط باطل والمائة له وصية اه ومعنى بطلانه كما فى البحر أنه يبطل جعلها شرطا للايصاء وتبقى وصية ان قبلها كانت له والا فلا اه اى فهو شرط فاسد لم يفسد عقد الايصاء (قوله والوصية) كأوصيت لك بثلث مالى ان أجاز فلان عينى وفيه نظر لانه مثال تعليقها بالشرط وليس الكلام فيه وفى البزازية وتعليقها بالشرط جائز لانها فى الحقيقة اثبات الخلافة عند الموت اه ومعنى صحة التعليق أن الشرط ان وجد كان للموصى له المال والا فلا شئ له بحر ثم قال وفى الخانية لو أوصى بثلثه لام ولده ان لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فلها الثلث بحكم الوصية اه مع أن الشرط لم يوجد الا أن يكون المراد بالشرط عدم تزوجها عقب انقضاء العدة لا عدمه الى الموت بدليل انه قال تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان للاحتراز عن تزوجها عقب الانقضاء اه قلت ووجهه انه اذا مضت مدة بعد العدة ولم تتزوج فيها تحقق الشرط فلا تبطل الوصية بتزوجها بعده اذ لو كان الشرط عدم تزوجها أبدا الزم أن لا يوجد شرط الاستحقاق الا بموتها ويظهر من هذا أنه اذا قال طلقتك ان لم تتزوجى أنه اذا مضى بعد العدة زمان ولم تتزوج يتحقق الشرط لكن فيه أن الطلاق المعلق انما يتحقق بعد تحقق الشرط فيلزم أن يكون ابتداء العدة بعده لا قبله فالظاهر بطلان هذا الشرط ووقوع الطلاق منجزا ويؤيده ما مر قريبا ومر تحقيقه فى كتاب الطلاق فى أول باب التعليق (قوله والشركة) فيه انها تفسد باشتراط ما يؤدى الى قطع الاشتراك فى الربح كاشتراط عشرة لاحدهما وفى البزازية الشركة تبطل ببعض الشروط الفاسدة دون بعض حتى لو شرط التفاضل فى الوضيعة لا تبطل وتبطل باشتراط عشرة لاحدهما وفيها لو شرط صاحب الالف العمل على صاحب الالفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا اه أما لو لم يشرط العمل على أقلهما مالا بل تبرع به فأجاب فى البحر بأن شرط الربح صحيح لان التبرع ليس من قبيل الشرط بدليل ما فى بيوع الذخيرة اشترى حطبا فى قرية وقال موصولا بالشراء من غير شرط فى الشراء احمله الى منزلى لا يفسد لانه كلام مبتدأ بعد تمام البيع (قوله وكذا المضاربة) كما لو شرط نفقة السفر على المضارب بطل الشرط وجازت بزازية وفيها ولو شرط من الربح عشرة دراهم فسدت لا لانه شرط بل لقطع الشركة دفع اليه ألفا على أن يدفع رب المال للمضارب أرضا يزرعها سنة أو دارا للسكنى بطل الشرط وجازت ولو شرط ذلك على المضارب لرب المال فسدت لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله واجرة الدار اه وبه علم أنها تفسد ببعض الشروط كالشركة (قوله كوليتك بلدة كذا مؤبدا) فقوله مؤبدا شرط فاسد لان التولية لا تقتضى ذلك لانه ينعزل بعارض جنون او عزل أو نحوه ومثله وليتك على أن لا تعزل أبدا أو على أن لا تركب كما مثل به فى البحر وقال فهذا الشرط فاسد ولا تبطل امرته بهذا (قوله واختار فى النهر اطلاق الصحة) حيث قال رادا على ذلك البعض وعندى انه لا سلف له فيه ولا دليل يقتضيه لانه حيث صح العزل كان الغاء للتأبيد سواء نص على الغاية أو لا (قوله صح التقليد والشرط) فان فعل شيأ من ذلك انعزل ولا يبطل قضاؤه فيما مضى ولا ينفذ قضاء القاضى فى خصومة زيد ويجب على السلطان أن يفصل قضيته ان اعتراه قضية بحر عن البزازية وفيه عنها أيضا لو شرط فى التقليد أنه متى فسق ينعزل انعزل اه قلت وانما صح الشرط لكونه شرطا صحيحا والقاضى وكيل عن السلطان فيتقيد قضاؤه بما قيده به حتى يتقيد بالزمان والمكان والشخص ومن ذلك ما اذا نهاه عن سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة كما سيأتى فى القضاء ان شاء الله تعالى (قوله والكفالة والحوالة) بأن قال كفلت غريمك على أن تقرضنى كذا وأحلتك على فلان بشرط

والطلاق والخلع والعتق والرهن والايصاء) كجعلتك وصيا على أن تتزوج بنتى (والوصية والشركة و) كذا (المضاربة والقضاء والامارة) كوليتك بلد كذا مؤبدا صح وبطل الشرط فله عزله بلا جنحة وهل يشترط لصحة عزله كدرس أبده السلطان أن يقول رجعت عن التأبيد أفتى بعضهم بذلك واختار فى النهر اطلاق الصحة وفى البزازية لو شرط عليه أن لا يرتشى ولا يشرب الخمر ولا يمتثل قول أحد ولا يسمع خصومة زيد صح التقليد والشرط (والكفالة والحوالة)

أن لا ترجع على عند التوى نهر يعنى فتصح ويبطل الشرط وفى البزازية لو قال كفلت به على انى متى أو كلما طولبت به فلى أجل شهر فاذا طالبه به فله أجل شهر من وقت المطالبة الاولى فاذا تم الشهر من وقت المطالبة الاولى لزم التسليم ولا يكون للمطالبة الثانية تأجيل اه وفيه أن كلما تقتضى التكرار مقدسى ولعله ألغى التكرار هنا لما يلزم عليه من ابطال موجب الكفالة وحيث امكن الاعمال فهو أولى من الابطال تأمل وسيذكر الشارح هذه المسألة أوائل الكفالة ويأتى توضيحها هنالك وفى البزازية أيضا كفل على انه بالخيار عشرة ايام او أكثر يصح بخلاف البيع لان مبناها على التوسع اه ففى هذا وفيما قبله صحت الكفالة والشرط لانه شرط تاجيل أو خيار وكلاهما شرط صحيح ولا يرد على المصنف لان كلامه فى الشرط الفاسد وسيأتى فى بابها انه لا يصح تعليقها بشرط غير ملائم ويأتى هنا فى كلام الشارح أيضا (قوله الا اذا شرط الخ) اى شرط المحال على المحال عليه أن يعطيه المال المحال به من ثمن دار المحيل قال فى البزازية بخلاف ما اذا التزم المحتال عليه الاعطاء من ثمن دار نفسه لانه قادر على بيع دار نفسه ولا يجبر على بيع داره كما اذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند الحصاد لا يجبر على الاداء قبل الاجل اه وظاهره صحة التأجيل الى الحصاد لانه مجهول جهالة يسيرة بخلاف هبوب الريح كما يأتى فى بابها (قوله من المحتال) صوابه المحتال عليه (قوله فليحرر) أشار الى ما فى هذا الجواب فان كونه وعدا لا يخرجه عن كونه شرطا مع أن فرض المسألة انه مذكور فى صلب العقد على انه شرط اذ لو كان بعد العقد لا على وجه الاشتراط لم يفسد العقد كما مر عند قوله والشركة وأيضا لا يظهر به الفرق بين المسألتين ويظهر لى الجواب بأن الحوالة قد تكون مقيدة كما لو أحال غريمه بألف الوديعة على المودع تقيدت بها حتى لو هلكت الالف برئ المحال عليه كما سيأتى ان شاء الله تعالى فى بابها وهنا لما شرط الدفع من ثمن دار المحيل صارت مقيدة به ولما لم يكن له قدرة على الوفاء بذلك فسدت الحوالة بمنزلة ما لو هلكت الوديعة المحال بها ولهذا لو كان البيع مشروطا فى الحوالة صحت ويجبر على البيع كما فى آخر حوالة البزازية أما لو شرط الدفع من ثمن داره صحت الحوالة لقدرته على بيع داره ولكن لا يجبر على البيع ولو باع يجبر على الاداء لتحقق الوجوب كما فى الدرر (قوله والوكالة) كوكالتك على أن تبرئنى مما لك على نهر وفى البزازية الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة اى شرط كان وفيها تعليق الوكالة بالشرط جائز وتعليق العزل به باطل وتفرع عليه أنه لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى صح لانه تعليق التوكيل بالعزل ولو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح لانه تعليق العزل بالشرط بحر (قوله والاقالة) حتى لو تقايلا على أن يكون الثمن اكثر من الاول أو أقل صحت ولغا الشرط وقد مر فى بابها نهر وذكر المصنف فى بابها انها لا تفسد بالشرط وان لم يصح تعليقها به وصورة التعليق كما ذكره فى البحر هنالك عن البزازية ما لو باع ثورا من زيد فقال اشتريته رخيصا فقال زيد ان وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثانى لانه تعليق الاقالة لا الوكالة بالشرط (قوله والكتابة) بأن كاتبه على ألف بشرط أن لا يخرج من البلد أو على أن لا يعامل فلانا أو على أن يعمل فى نوع من التجارة فتصح ويبطل الشرط لانه غير داخل فى صلب العقد نهر (قوله فى صلب العقد) صلب الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيام البيع بأحد العوضين فكل فساد يكون فى أحدهما يكون فسادا فى صلب العقد درر (قوله وعليه) اى على كون الفساد فى صلب العقد ط (قوله يحمل اطلاقهم) اى اطلاق من قال انها تبطل بالشرط الفاسد كالعمادى والاستروشنى فانهما قالا وتعليق الكتابة بالشرط لا يجوز وانها تبطل بالشرط ويحمل قولهما ثانيا الكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح ويبطل الشرط على كون الشرط زائدا ليس فى صلب العقد وبه يندفع اعتراض صاحب جامع الفصولين عليهما اهـ هذا حاصل ما فى الدرر وأما ما فى البحر عن البزازية كاتبها وهى حامل على أن لا يدخل ولدها فى الكتابة فسدت لانها تبطل بالشرط الفاسد اه فالمراد به ما كان فى صلب العقد لان استثناء حملها وهو جزء منها شرط فى صلب العقد كما لو باع أمة الا حملها لانها أحد العوضين فافهم (قوله واذن العبد فى التجارة) كأذنت لك فى التجارة على أن تتجر الى شهر أو على أن تتجر فى كذا فيكون عاما فى التجارة والاوقات ويبطل الشرط بحر (قوله كهذا الولد منى ان رضيت امرأتى) تابع البحر فى ذلك مع انه فى البحر اعترض على العينى مرارا بأن الكلام فى الشرط الفاسد لا فى التعليق فالاولى قول النهر بشرط رضى زوجتى وقال فى العزمية وصور ذلك فى ايضاح الكرمانى بأن ادعى نسب التوءمين بشرط أن لا تكون نسبة الآخر منه أو ادعى نسب ولد

الا اذا شرط فى الحوالة الاعطاء من ثمن دار المحيل فتفسد لعدم قدرته على الوفاء بالملتزم كما عزاه المصنف للبزازية وأجاب فى النهر بأن هذا من المحتال وعد وليس الكلام فيه فليحرر (والوكالة والاقالة والكتابة) الا اذا كان الفساد فى صلب العقد أى نفس البدل ككتابته على خمر فتفسد به وعليه يحمل اطلاقهم كما حرره خسرو (واذن العبد فى التجارة ودعوة الولد) كهذا الولد منى ان رضيت امرأتى

بشرط أن لا يرث منه يثبت نسب كل واحد من التوءمين ويرث وبطل الشرط لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر لما عرف وشرط أن لا يرث شرط فاسد لمخالفة الشرع والنسب لا يفسد به اهـ (قوله والصلح عن دم العمد) بأن صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شئ بشرط أن يقرضه أو يهدى اليه شيأ فالصلح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات فلا يحتمل الشرط بحر (قوله ولم يذكروه اكتفاء بالصلح) اذ ليس بينهما كثير فرق فان الولي اذا قال للقاتل عمدا ابرأت ذمتك على أن لا تقيم في هذا البلد مثلا أو صالح معه عليه صح الابراء والصلح ولا يعتبر الشرط درر (قوله التي فيها القود) في المصباح القود القصاص وبه عبر في الدرر فلا فرق في التعبير فافهم (قوله والا) بأن كان الصلح عن القتل الخطأ أو الجراحة التي فيها الارش كان من القسم الاول درر اى لان موجب ذلك المال فكان مبادلة لا اسقاطا (قوله وعن جناية غصب) اى مغصوب وقوله اذا ضمنها اى موجبات الصلح في الصور المذكورة درر ولعل صورة المسألة لو أتلف ما غصبه أو أتلف وديعة أو عارية عنده وأراد المالك أن يضمنه ذلك فصالحه على شئ وضمن رجل موجب الصلح بشرط أن يحيله به على آخر أو يكفل به آخر صح الضمان وبطل الشرط لكن لا يخفى أن الضمان كفالة وقد مرت مسألة الكفالة ولم أر من أوضح ذلك فتأمل (قوله والنسب) تقدم تصويره في مسألة دعوى الولد (قوله والحجر على المأذون) فلا يبطل به ويبطل الشرط شرنبلالية عن العمادية ومثله في جامع الفصولين ولا ينافي ما قدمه عن الاشباه لان ذاك في بطلان تعليقه بالشرط كما قدمناه (قوله والغصب) كذا ذكره في جامع الفصولين وغيره مع ذكرهم مسألة جناية الغصب المارة وفيه أن الغصب فعل لا يقيد بشرط فان كان المراد ضمان الغصب بشرط فهو داخل في الكفالة فافهم (قوله وأمان القن) أقول في السير الكبير لمحمد بن الحسن تعليق الامان بالشرط جائز بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم حين أمن اهل خيبر علق أمانهم بكتمانهم شيأ وأبطل أمان آل أبي الحقيق بكتمانهم الحلي اهـ وبه يعلم أن القن ليس قيدا حموى اى سواء كانت اضافة الامان من اضافة المصدر الى فاعله أو الى مفعوله وفي بعض النسخ وأمان النفس (قوله وعقد الذمة) فان الامام اذا فتح بلدة وأقر أهلها على أملاكهم وشرطوا معه في عقد الذمة أن لا يعطوا الجزية بطريق الاهانة كما هو المشروع فالعقد صحيح والشرط باطل درر (قوله وتعليق الرد بالعيب وبخيار الشرط) هكذا عبر في الكنز وعبر في النهاية بقوله وتعليق الرد بالعيب بالشرط وتعليق الرد بخيار الشرط بالشرط ومثله في جامع الفصولين وغيره فعلم أن قوله بالعيب متعلق بالرد لا بتعليق وأن المراد أن الرد بخيار عيب أو شرط يصح تعليقه بالشرط ولا يخفى أن الكلام فيما يصح ولا يفسد تقييده بالشرط الفاسد لا فيما يصح تعليقه فكان المناسب حذف لفظة تعليق كما فعل صاحب الدرر وقد يجاب بأن المراد بالتعليق التقييد أو أن كل ما صح تعليقه صح تقييده كما مر وبه ظهر أنه ليس المراد ما يتوهم أن تعليق الرد بأحد الخيارين بالشرط يصح تقييده بالشرط اذ لا يظهر تصوير تقييد التعليق ثم انه مثل للاول في البحر بما اذا قال ان وجدت بالمبيع عيبا ارده عليك ان شاء فلان وللثاني بما اذا قال من له خيار الشرط رددت البيع أو أسقطت خياري ان شاء فلان فانه يصح ويبطل الشرط اهـ تأمل وفي البحر من باب خيار الشرط ما نصه فان قلت هل يصح تعليق ابطاله واضافته قلت قال في الخانية لو قال من له الخيار ان لم أفعل كذا اليوم فقد أبطلت خياري كان باطلا ولا يبطل خياره وكذا لو قال في خيار العيب ان لم أرده اليوم فقد أبطلت خياري ولم يرده اليوم لا يبطل خياره ولو لم يكن كذلك ولكنه قال ابطلت غدا أو قال ابطلت خياري اذا جاء غد فجاء غد ذكر في المنتقى انه يبطل خياره قال وليس هذا كالاول لان هذا وقت يجيء لا محالة بخلاف الاول اهـ قال في البحر هنالك فقد سووا بين التعليق والاضافة في المحقق مع أنهم لم يسووا بينهما في الطلاق والعتاق وفي التتارخانية لو كان الخيار للمشتري فقال ان لم افسخ اليوم فقد رضيت أو ان لم افعل كذا فقد رضيت لا يصح اهـ اى بل يبقى خياره (قوله وعزل القاضي) في جامع الفصولين ولو قال الامير لرجل اذا قدم فلان فأنت قاضي بلدة كذا أو أميرها يجوز ولو قال اذا أتاك كتابي هذا فأنت معزول ينعزل بوصوله وقيل لا اهـ وذكر في الدرر عن العمادية والاستروشنية أن الثاني به يفتى واعترض بأن عبارة العمادية والاستروشنية قال ظهير الدين المرغيناني ونحن لا نفتي بصحة التعليق وهو فتوى الاوزجندي اهـ وظاهر ما في جامع الفصولين ترجيح الاول ولذا مشى عليه في الكنز والملتقى وغيرهما (قوله كعزلتك ان شاء فلان) كذا مثل في البحر

(والصلح عن دم العمد) وكذا الابراء عنه ولم يذكروه اكتفاء بالصلح درر (و) عن (الجراحة) التي فيها القود والا كان من القسم الاول وعن جناية غصب ووديعة وعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة درر والنسب والحجر على المأذون نهر والغصب وأمان القن اشباه (وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب و) تعليقه (بخيار الشرط وعزل القاضي) كعزلتك ان شاء فلان

واعترض بأن هذا تعليق وليس الكلام فيه قلت والعجب أنه فى البحر اعترض على العينى مرارا بمثل هذا وقد يجاب بأنه اذا لم يبطل بالتعليق لا يبطل بالشرط بالاولى كعزلتك على أن اوليك فى بلدة كذا (قوله لما ذكرنا) اى فى قوله لعدم المعاوضة المالية (قوله وبقى ما يجوز تعليقه بالشرط) هذه القاعدة الرابعة وقدمنا انها داخلة تحت الثالثة لما فى جامع الفصولين أن ما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط كطلاق وعتق وحوالة وكفالة ويبطل الشرط اه (قوله وهو مختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها) لو حذف قوله التى يحلف بها لدخل الاذن فى التجارة وتسليم الشفعة لكونهما اسقاطا ولكن لا يحلف بهما أفاده فى البحر ويدخل فيه ايضا الابراء عن الكفالة فانه يصح تعليقه بملائم كما مر فى الابراء عن الدين (قوله والتوليات) فيصح تعليقها بالملائم فقط وكذا فى الاطلاقات وتحريضات كما مر فى الاصل الثانى (قوله وتسليم الشفعة) اى لانه اسقاط محض كما علمت فيصح تعليقه هذا وفى شفعة الهداية عند قوله واذا صالح من شفعته على عوض بطلت ورد العوض لان حق الشفعة لا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشروط فبالفاسد أولى واعترضه فى العناية بما قال محمد فى الجامع الصغير لو قال سلمت الشفعة فى هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم لانه علقه بشرط وصح لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق فصح تعليقه بالشرط اه قال الطورى فى تكملة البحر وقد يفرق بحمل ما فى الهداية على التى تدل على الاعراض والرضى بالمجاورة مطلقا والثانى على خلافه فيفرق بين شرط وشرط اه (تنبيه) لا يخفى أن هذا كله فى التسليم بعد وجوبها وبقى ما لو قال الشفيع قبل البيع ان اشتريت فقد سلمتها هل يصح أم لا بحث فيه الخير الرملى بقوله لا شبهة فى أنه تعليق الاسقاط قبل الوجوب بوجود سببه ومقتضى قولهم التعليق بالشرط المحض يجوز فيما كان من باب الاسقاط المحض وقولهم المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده وقولهم من لا يملك التنجيز لا يملك التعليق الا اذا علقه بالملك أو سببه صحة التعليق المذكور لانه اسقاط وقد علقه بسبب الملك فكأنه نجزه عند وجوده لكن أورد فى الظهيرية اشكالا على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا وهو ما ذكره السرخسى فى باب الصلح عن الجنايات من أن القصاص لا يصح تعليق اسقاطه بالشرط ولا يحتمل الاضافة الى الوقت وان كان اسقاطا محضا ولهذا لا يرتد برد من عليه القصاص ولو اكره على اسقاط الشفعة لا يبطل حقه قال وبه تبين أن تسليم الشفعة ليس باسقاط محض والا لصح مع الاكراه كسائر الاسقاطات اه قال الرملى وعليه لا يصح التعليق قبل الشراء كالتنجيز قبله والمسألة تقع كثيرا والذى يظهر عدم صحة التعليق اه (قوله وحرر المصنف دخول الاسلام فى القسم الاول) اى ما لا يصح تعليقه بالشرط وذلك حيث ذكر أولا أن الاسلام لا بد فيه بعد الاتيان بالشهادتين من التبرى كما علمت تفاصيله فى الكتب المبسوطة ويؤخذ عدم صحة تعليقه بالشرط من قولهم بعدم صحة تعليق الاقرار بالشرط وتحقيقه أن الاسلام تصديق بالجنان واقرار باللسان وكلاهما لا يصح تعليقه بالشرط ومن المعلوم أن الكافر الذى يعلق اسلامه على فعل شئ غالبا يكون شيأ لا يريد كونه فلا يقصد تحصيل ما علق عليه وقد ذكر الزيلعى وغيره أن الاسلام عمل بخلاف الكفر فانه ترك ونظيره الاقامة والصيام فلا يصير المقيم مسافرا ولا الصائم مفطرا ولا الكافر مسلما بمجرد النية لانه فعل ويصير مقيما وصائما وكافرا بمجرد النية لانه ترك فاذا علقه المسلم على فعل وفعله والظاهر أنه مختار فى فعله فيكون قاصدا للكفر فيكفر بخلاف الاسلام اه (قوله ودخول الكفر هنا) اى فيما يصح تعليقه وفيه أن كلام المصنف كما سمعته آنفا ليس فيه تعرض لدخول الكفر فى هذا القسم بل فيه ما ينافيه وهو أنه يصير كافرا بمجرد النية لانه ترك اى ترك العمل والتصديق فيتحقق فى الحال قبل وجود المعلق عليه ولو صح تعليقه لما وجد فى الحال فافهم (قوله ويصح تعليق هبة) فى البزازية من البيوع تعليق الهبة بان باطل وبعلى ان ملائما كهبته على أن يعوضه يجوز وان مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة اه بحر وهذا مخالف لما ذكره الشارح لان كلامه فى صحة التعليق بأداة الشرط لا فى التقييد بالشرط لان هذا تقدم فى المتن حيث ذكر الهبة فيما لا يبطل بالشرط الفاسد فافهم لكن فى البحر أيضا عن المناقب عن الناصحى لو قال ان اشتريته جارية فقد ملكتها منك يصح ومعناه اذا قبضه بناء على ذلك اه اى اذا قبض الموهوب له الموهوب بناء على التمليك يصح مع أنه معلق بان وهو خلاف ما فى البزازية من اطلاق بطلانه ولعله قول آخر يجعل التعليق بالملائم صحيحا كالتقييد تأمل (قوله وحوالة وكفالة) فى البزازية من البيوع وتعليق الكفالة ان متعارفا كقدوم المطلوب يصح وان شرطا محضا كان دخل الدار أو هبت

فينعزل ويبطل الشرط لما ذكرنا أنها كلها ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة وبقى ما يجوز تعليقه بالشرط وهو مختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كطلاق وعتاق وبالالتزامات التى يحلف بها كحج وصلاة والتوليات كقضاء وامارة عينى وزيلعى زاد فى النهر الاذن فى التجارة وتسليم الشفعة والاسلام وحرر المصنف دخول الاسلام فى القسم الاول لانه من الاقرار ودخول الكفر هنا لانه ترك ويصح تعليق هبة وحوالة وكفالة

الربح لا والكفالة الى هبوب الريح جائزة والشرط باطل ونص النسفي أن الشرط ان لم يتعارف تصح الكفالة ويبطل الشرط والحوالة كهي اه بحر (قوله وابراء عنها) كان وافيت به غدا فأنت برىء كما قدمناه في مسألة الابراء عن الدين (قوله بملائم) قيد للاربعة (تتمة) بقي مما يصح تعليقه دعوة الولد كان كانت جاريتي حاملا فمني وكذا الوصية والايصاء والوكالة والعزل عن القضاء فهذه نص في البحر عليها في أثناء شرحها ونبهنا على ذلك والابراء عن الدين اذا علق بكائن او بمتعارف كما مر وذكر في جامع الفصولين مما يصح تعليقه اذن القن وكذا النكاح بشرط علم للحال وكذا تعليق الامهال اى تأجيل الدين غير القرض ان علق بكائن ولو قال بعته بكذا ان رضي فلان جاز البيع والشرط جميعا ولو قال بعته منك ان شئت فقال قبلت تم البيع وقدمنا تقييد مسألة البيع بما اذا وقته بثلاثة ايام وذكر خلافا في صحة تعليق القبول (قوله وما تصح اضافته الخ) شروع فيما يضاف وما لا يضاف بعد الفراغ من الكلام على التعليق ولم أر من ذكر لذلك ضابطا وسيأتي بيانه ثم الفرق بين التعليق والاضافة هو أن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم فان نحو أنت طالق سبب للطلاق في الحال فاذا قال أنت طالق ان دخلت الدار منع انعقاده سببا للحال وجعله متأخرا الى وجود الشرط فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا الى حكمه وهو الطلاق وأما الايجاب المضاف مثل أنت طالق غدا فانه ينعقد سببا للحال لانتفاء التعليق المانع من انعقاد السببية لكن يتأخر حكمه الى الوقت المضاف اليه فالاضافة لا تخرجه عن السببية بل تؤخر حكمه بخلاف التعليق فاذا قال ان جاء غد فلله علي أن أتصدق بكذا لا يجوز له التصدق قبل الغد لانه تعجيل قبل السبب ولو قال لله علي أن أتصدق بكذا غدا له التعجيل قبله لانه بعد السبب لان الاضافة دخلت على الحكم لا السبب فهو تعجيل للمؤجل وتفرع عليه ما لو حلف لا يطلق امرأته فأضاف الطلاق الى الغد حنث وان علقه لم يحنث هذا حاصل ما ذكروه في كتب الاصول وللمحقق ابن الهمام في التحرير أبحاث في الفرق بينهما ذكرها ابن نجيم في شرح المنار في فصل الادلة الفاسدة وقال والفرق بينهما من أشكل المسائل (قوله الاجارة) في جامع الفصولين ولو قال آجرتك غدا فيه اختلاف والمختار أنها تجوز ثم في الاجارة المضافة اذا باع او وهب قبل الوقت يفتى بجواز ما صنع وتبطل الاجارة فلو رد عليه بعيب بقضاء أو رجع في الهبة قبل الوقت عادت الاجارة ولو عاد اليه بملك مستقبل لا تعود الاجارة وفي فتاوى ظهير الدين لو قال آجرتك هذه رأس كل شهر بكذا يجوز في قولهم (قوله وفسخها) في العزمية عن الخانية أن الفتوى عليه وفي الشرنبلالية المعتمد اختيار عدم الصحة وهو المذكور في الكافي واختيار ظهير الدين اه ففيه اختلاف التصحيح (قوله والمزارعة والمعاملة) فانهما اجارة حتى ان من يجيزهما لا يجيزهما الا بطريقها وراعى فيهما شرائطها درر (قوله والمضاربة والوكالة) فانهما من باب الاطلاقات والاسقاطات فان تصرف المضارب والوكيل قبل العقد والتوكيل في مال المالك والموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالعقد والتوكيل اسقطه فيكون اسقاطا فيقبل التعليق درر اى واذا قبل التعليق يقبل الاضافة بالاولى لان التعليق يمنع السببية بخلاف الاضافة كما علمت وبه اندفع اعتراض المصنف في المنح بأن الكلام في الاضافة لا في التعليق لكن لم أر من صرح بصحة التعليق في المضاربة ولعله أراد بالتعليق التقييد بالشرط فانهم يطلقون عليه لفظ التعليق تأمل (قوله والكفالة) لانها من باب الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم درر (قوله والايصاء) اى جعل الشخص وصيا والوصية بالمال فانهما لا يفيدان الا بعد الموت فيجوز تعليقهما واضافتهما درر (قوله والقضاء والامارة) فانهما تولية وتفويض محض فجاز اضافتهما درر (قوله والطلاق والعتاق) فانهما من باب الاطلاقات والاسقاطات وهو ظاهر درر (قوله والوقف) فان تعليقه الى ما بعد الموت جائز درر والكلام فيه كما مر في المضاربة والوكالة (قوله وبقي العارية والاذن في التجارة) قال في جامع الفصولين الذي جمع فيه الفصول العمادية والفصول الاستروشنية تبطل اضافة الاعارة بأن قال اذا جاء غد فقد أعرتك لانها تمليك المنفعة وقيل تجوز ولو قال اعرتك غدا تصح وقال قبله ولو قال لقنه اذا جاء غد فقد أذنت لك في التجارة صح الاذن ولو قال اذا جاء غد فقد حجرت عليك لا يصح اه وأنت خبير بأن الكلام في الاضافة ولفظ اذا جاء غد تعليق ويسمى اضافة باعتبار ذكر الوقت فيه لا حقيقة ولذا فرق في مسألة الاعارة بين ذكر اذا وعدمه فعد الاذن في التجارة هنا تبعا للقهستاني غير ظاهر تأمل وفي جامع الفصولين اذا قال أبطلت خياري غدا بطل خياره وقدمنا

مطلب ما تصح اضافته وما لا تصح

وابراء عنها بملائم (وما تصح اضافته الى) الزمان (المستقبل الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف) فهي أربعة عشر وبقي العارية والاذن في التجارة فيصحان مضافين أيضا عمادية

(ومالاتصح) اضافته (الى المستقبل) عشرة (البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين) لانها تمليكات للحال فلا تضاف للاستقبال كما لا تعلق بالشرط لما فيه من القمار وبقي الوكالة على قول الثاني المفتى به

(باب الصرف)

عنونه بالباب لا بالكتاب لانه من انواع البيع (هو) لغة الزيادة وشرعا (بيع الثمن بالثمن) أي ما خلق للثمنية ومنه المصوغ (جنسا بجنس أو بغير جنس) كذهب بفضة (ويشترط) عدم التأجيل والخيار و (التماثل) أي التساوي وزنا (والتقابض) بالبراجم لا بالتخلية ٢ (قبل الافتراق)

فيما يصح تعليقه أن اسقاط القصاص لا يحتمل الاضافة الى الوقت (قوله لانها تمليكات الخ) كذا فى الدرر وقال الزيلعي آخر كتاب الاجارة لانها تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة بخلاف الفصل الاول لان الاجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكه للحال وكذا الوصية وأما الامارة والقضاء فمن باب الولاية والكفالة من باب الالتزام اهـ قلت ويظهر من هذا ومما ذكرناه آنفا عن الدرر أن الاضافة تصح فيما لا يمكن تمليكه للحال وفيما كان من الاطلاقات والاسقاطات والالتزامات والولايات ولا تصح فى كل ما أمكن تمليكه للحال تأمل (قوله لما فيه من القمار) هو المراهنة كما فى القاموس وفيه المراهنة والرهان المخاطرة وحاصله انه تمليك على سبيل المخاطرة ولما كانت هذه تمليكات للحال لم يصح تعليقها بالخطر لوجود معنى القمار (قوله وبقي الوكالة) الظاهر أنه سبق قلم وصوابه التحكيم فانه الذى فيه خلاف أبي يوسف قال فى البزازية وتعليق كونه حكما بالخطر أو الاضافة الى مستقبل صحيح عند محمد خلافا للثاني والفتوى على الثاني اهـ وهكذا قدمه الشارح قبيل ما لا يبطل بالشرط الفاسد وكيف يصح عد الوكالة هنا وقد ذكرها المصنف تبعا للكنز والوقاية فيما تصح اضافته وكذا فى جامع الفصولين وغيره وكذا تقدم أنها مما لا يفسد بالشرط وبه صرح فى الكنز وغيره بل قدمنا جواز تعليقها بالشرط فكيف لا تصح اضافتها نعم بقي فسخ الاجارة على أحد التصحيحين كما قدمناه آنفا والله سبحانه أعلم

(باب الصرف)

لما كان عقدا على الاثمان والثمن فى الجملة تبع لما هو المقصود من البيع أخره عنه (قوله عنونه بالباب) قال فى الدرر عنونه الاكثرون بالكتاب وهو لا يناسب لكون الصرف من أنواع البيع كالربا والسلم فالاحسن ما اختير ههنا (قوله هو لغة الزيادة) هذا أحد معانيه ففى المصباح صرفته عن وجهه صرفا من باب ضرب وصرفت الاجير والصبي خليت سبيله وصرفت المال أنفقته وصرفت الذهب بالدراهم بعته واسم الفاعل من هذا صيرفي وصيروف وصرّاف للمبالغة قال ابن فارس الصرف فضل الدرهم فى الجودة على الدرهم وصرفت الكلام زينته وصرّفته بالتثقيل واسم الفاعل مصرّف والصرف التوبة فى قوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل الفدية اهـ زاد فى القاموس فى معنى الحديث المذكور وقوله أو هو النافلة والعدل الفريضة أو بالعكس أو الوزن والعدل الكيل أو هو الاكتساب والعدل الفدية أو الحيل اهـ وقد علمت أنه يطلق لغة على بيع الثمن بالثمن لكنه فى الشرع أخص تأمل (قوله أي ما خلق للثمنية) ذكر نحوه فى البحر ثم قال وانما فسرناه به ليدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف اهـ (قوله ويشترط عدم التأجيل والخيار) أي وعدم الخيار أي خيار الشرط بخلاف خيار رؤية أو عيب كما يأتي ولا يقال هذا مكرر مع قوله الآتي ويفسد بخيار الشرط والاجل لان ذاك تفريع على هذا كما هو العادة من ذكر الشروط ثم التفريع عليها فافهم نعم ذكر فى النهر أنه لا حاجة الى جعلهما شرطين على حدة كما جرى عليه فى البحر تبعا للنهاية وغيرها لان شرط التقابض يغني عن ذلك لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على القولين وذلك يخل بتمام القبض وهو ما يحصل به التعيين اهـ ولا يخفى ما فيه (قوله أي التساوي وزنا) قيد به لانه لا اعتبار به عددا بحر عن الذخيرة والشرط التساوي فى العلم لا بحسب نفس الامر فقط فلو لم يعلما التساوي وكان فى نفس الامر لم يجز الا اذا ظهر التساوي فى المجلس كما أوضحه فى الفتح وسنذكر قريبا حكم الزيادة والحط (قوله بالبراجم) جمع برجمة بالضم وهي مفاصل الاصابع ح عن جامع اللغة (قوله لا بالتخلية) أشار الى أن التقييد بالبراجم للاحتراز عن التخلية واشتراط القبض بالفعل لا خصوص البراجم حتى لو وضعه له فى كفه أو فى جيبه صار قابضا (قوله قبل الافتراق) أي افتراق المتعاقدين بأبدانهما والتقييد بالعاقدين يعم المالكين والنائبين وتقييد الفرقة بالابدان يفيد عدم اعتبار المجلس ومن ثم قالوا انه لا يبطل بما يدل على الاعراض ولو سارا فرسخا ولم يتفرقا صح وقد اعتبروا المجلس فى مسألة هي ما لو قال الاب اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل كذا عن محمد لانه لا يمكن اعتبار التفرق بالابدان نهر وفي البحر لو نادى أحدهما صاحبه

٢ قوله وصيروف هكذا بخطه والذى رأيته فى نسخة من المصباح وصيرف بحذف الواو وقوله وصرّفته بالتثقيل واسم الفاعل الخ هكذا بخطه أيضا وفيه سقط والاصل وصرّفته بالتثقيل مبالغة واسم الفاعل الخ وقوله فى عبارة القاموس أو الحيل الذى فى عبارته أو الحيلة فليراجع اهـ مصححه

من وراء جدار أو من بعيد لم يجز لانهما مفترقان بأبدانهما وتفرع على اشتراط القبض انه لا يجوز الابراء عن بدل الصرف ولا هبته والتصدق به فلو فعل لم يصح بدون قبول الآخر فان قبل انتقض الصرف والا لم يصح ولم ينتقض وتمامه فى البحر (تنبيه) قبض بدل الصرف فى مجلس الاقالة شرط لصحتها كقبضه فى مجلس العقد بخلاف اقالة السلم وقدمنا الفرق فى بابه وفى البحر لو وجب دين بعقد متأخر عن عقد الصرف لا يصير قصاصا ببدل الصرف وان تراضيا ولو قبض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه لمعنى أوجب انتقاضه يبطل الصرف ولو استحق احد بدليه بعد الافتراق فان أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن الناقد وهو هالك جاز الصرف وان استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف (قوله على الصحيح) وقيل شرط لانعقاده صحيحا وعلى الاول قول الهداية فان تفرقا قبل القبض بطل فلولا أنه منعقد لما بطل بالافتراق كما فى المعراج وثمرة الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند أبى حنيفة ولا يفسد على القول الاصح فتح (قوله وان اختلفا جودة وصياغة) قيد اسقاط الصفة بالاثمان لانه لو باع اناء نحاس بمثله وأحدهما أثقل من الآخر جاز مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضا لان صفة الوزن فى النقدين منصوص عليها فلا تتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع كذا فى الفتح حتى لو تعارفوا بيع هذه الاوانى بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعها بجنسها الا متساويا كذا فى الذخيرة نهر (قوله لما مر فى الربا) أى من أن جيد مال الربا ورديه سواء وتقدم استثناء حقوق العباد ومر الكلام فيه فراجعه ومنه ما فى البحر عن الذخيرة غصب قلب فضة ثم استهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه فان تفرقا قبل قبض القيمة جاز خلافا لزفر لانه صرف حكما للضمان الواجب بالغصب لا مقصودا فلا يشترط له القبض اهـ وانما لزمه الضمان من خلاف جنسه لئلا يلزم الربا لان قيمته مصوغا أزيد من وزنه (قوله شرط التقابض) أى قبل الافتراق كما قيد به فى بعض النسخ وفى البحر عن الذخيرة لو اشترى المودع الوديعة الدراهم بدنانير وافترقا قبل أن يجدد المودع قبضا فى الوديعة بطل الصرف بخلاف المغصوبة لان قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء بخلاف الوديعة اهـ (قوله لحرمة النسا) بالفتح أى التأخير فانه يحرم باحدى علتى الربا أى القدر أو الجنس كما مر فى بابه (قوله فلو باع النقدين) تفريع على قوله والا شرط التقابض فانه يفهم منه انه لا يشترط التماثل وقيد بالنقدين لانه لو باع فضة بفلوس فانه يشترط قبض احد البدلين قبل الافتراق لا قبضهما كما فى البحر عن الذخيرة ونقل فى النهر عن فتاوى قارئ الهداية انه لا يصح تأجيل أحدهما ثم أجاب عنه وقدمنا ذلك فى باب الربا وقدمنا هنالك انه احد قولين فراجعه عند قول المصنف باع فلوسا بمثلها أو بدراهم الخ (قوله احدهما بالآخر) احترازا عما لو باع الجنس بالجنس جزافا حيث لم يصح ما لم يعلم التساوى قبل الافتراق كما قدمناه (قوله جزافا) أى بدون معرفة قدر وقوله أو بفضل أى بتحقق زيادة أحدهما على الآخر وسكت عن التساوى للعلم بصحته بالاولى (قوله والعوضان لا يتعينان) أى فى الصرف ما دام صحيحا أما بعد فساده فالصحيح التعين كما فى الاشباه وقدمناه عنها فى أواخر البيع الفاسد ما تتعين فيه النقود وما لا تتعين (قوله حتى لو استقرضا الخ) صورته قال أحدهما للآخر بعتك درهما بدرهم وقبل الآخر ولم يكن عندهما شئ ثم استقرض كل منهما درهما من ثالث وتقابضا قبل الافتراق صح وكذا لو قال بعتك هذا الدرهم بهذا الدرهم وأمسك كل منهما درهمه قبل التسليم ودفع كل منهما درهما آخر قبل الافتراق ومثله كما فى الدرر ما لو استحق كل من العوضين فأعطى كل منهما صاحبه بدل ما استحق من جنسه (قوله وأديا مثلهما) ضمير مثلهما عائد على ما وثناه باعتبار المعنى (قوله ويفسد الصرف) أى فسادا من الاصل لانه فساد مقترن بالعقد كما فى المحيط شرنبلالية (قوله لاخلالهما بالقبض) لان خيار الشرط يمنع به استحقاق القبض ما بقى الخيار لان استحقاقه مبنى على الملك والخيار يمنعه والاجل يمنع القبض الواجب درر (قوله ويصح مع اسقاطهما فى المجلس) هكذا فى الفتح وغيره والظاهر أن المراد اسقاطهما بنقد البدلين فى المجلس لا بقولهما اسقطنا الخيار والاجل اذ بدون نقد لا يكفى وأنه لا يلزم الجمع بين الفعل والقول ثم رأيت فى القهستانى قال فلو تفرقا من غير تقابض أو من أجل أو شرط خيار فسد البيع ولو تقابضا فى الصور قبل التفرق انقلب صحيحا اهـ ونحوه

وهو شرط بقائه صحيحا على الصحيح (ان اتحدا جنسا وان) وصلية (اختلفا جودة وصياغة) لما مر فى الربا (والا) بأن لم يتجانسا (شرط التقابض) لحرمة النسا (فلو باع) النقدين (أحدهما بالآخر جزافا أو بفضل وتقابضا فيه) أى المجلس (صح و) العوضان (لا يتعينان) حتى لو استقرضا فأديا قبل افتراقهما أو أمسكا ما أشارا اليه فى العقد وأديا مثلهما جاز (ويفسد) الصرف (بخيار الشرط والاجل) لاخلالهما بالقبض (ويصح مع اسقاطهما فى المجلس)

لزوال المانع وصح خيار رؤية وعيب في مصوغ لا نقد (فرع) الشرط الفاسد يلتحق بأصل العقد عنده خلافا لهما نهر (ظهر بعض الثمن زيوفا فرده ينتقض فيه فقط لا يتصرف في بدل الصرف قبل قبضه) لوجوبه حقا لله تعالى (فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها) قبل قبضها (ثوبا) مثلا (فسد بيع الثوب) والصرف بحاله (باع أمة تعدل ألف درهم مع طوق) فضة في عنقها (قيمته ألف) انما بين قيمتها ليفيد انقسام الثمن على الثمن أو أنه غير جنس الطوق والا فالعبرة لوزن الطوق لا لقيمته فقدره مقابل به والباقي بالجارية (بألفين) متعلق بباع (ونقد من الثمن ألفا أو باعها بألفين ألف نقد وألف نسيئة أو باع سيفا حليته خمسون ويخلص بلا ضرر)

في التتارخانية فافهم (قوله لزوال المانع) أي قبل تقرره درر (قوله في مصوغ لا نقد) فيه أن النقد يدخله خيار العيب كما ذكره المصنف في قوله عقبه ظهر بعض الثمن زيوفا الخ وقال في البحر وأما خيار العيب فثابت فيه وأما خيار الرؤية فثابت في العين دون الدين الخ وفي الفتح وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لأن العقد لا ينفسخ بردها لأنه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلي والاواني من الذهب والفضة لأنه ينتقض العقد برده لتعينه فيه الخ فكان الصواب أن يقول في مصوغ لا خيار رؤية في نقد (قوله الشرط الفاسد الخ) في البحر لو تصارفا جنسا بجنس متساويا وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما الآخر شيأ أو حط عنه وقبله الآخر فسد البيع عنده وعند أبي يوسف بطلا وصح الصرف وعند محمد بطلت الزيادة وجاز الحط بمنزلة الهبة المستقبلة وهذا فرع اختلافهم في أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد اذا ألحق به هل يلتحق لكن محمد فرق بين الزيادة والحط ولو زاد أو حط في صرف بخلاف الجنس جاز اجماعا بشرط قبض الزيادة قبل الافتراق اهـ وانظر ما حررناه في أول باب الربا (قوله ينتقض فيه فقط) أي ينفسخ الصرف في المردود ويبقى في غيره لارتفاع القبض فيه فقط درر وفي كافي الحاكم اشترى عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجد فيها درهما ستوقا أو رصاصا فان كانا لم يتفرقا استبدله وان كانا قد تفرقا رده عليه وكان شريكا في الدينار بحصته وهذا بمنزلة ما لو نقده تسعة دراهم ثم فارقه اهـ ومقتضاه انه بعد التفرق لا يتأتى الاستبدال فافهم (قوله لا يتصرف في بدل الصرف قبل قبضه) أي بهبة أو صدقة أو بيع حتى لو وهبه البدل او تصدق أو أبرأه منه فان قبل بطل الصرف والا لا فان البراءة ونحوها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد فتح وقيد بالتصرف لأن الاستبدال به صحيح كما مر (قوله فسد بيع الثوب) لأنه لو جاز سقط حق القبض المستحق لله تعالى فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فتح وعند زفر يصح البيع لأن الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لأن النقد لا يتعين وقواه في الفتح ونازعه في البحر بما اعترضه في النهر وأجاب عما في الفتح بجواب آخر فراجعه وأطلق فساد البيع فشمل ما لو كان الشراء من صاحبه أو من أجنبي كما في الكافي (قوله والصرف بحاله) أي فيقبض بدله ممن عاقده معه فتح وهذا بخلاف ما لو أبرأه او وهبه وقبل فان الصرف يبطل كما علمت (قوله باع أمة الخ) حاصل هذه المسائل أن الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن نهر (قوله قيمته ألف) كون قيمة الجارية مع الطوق متساويا وبين ليس بشرط بل اذا بيع نقد مع غيره من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه فلو قال مع طوق زنته ألف بألف ومائة لكان أولى نهر (قوله انما بين قيمتهما الخ) أشار الى ما اعترض به الزيلعي من أن في عبارة المصنف تسامحا لأنه ذكر القيمة في كل منهما ولا تعتبر القيمة في الطوق وانما يعتبر القدر عند المقابلة بالجنس وكذا لا حاجة الى بيان قيمة الجارية لأن قدر الطوق مقابل به والباقي بالجارية قلت قيمتها أو كثرت فلا فائدة في بيان قيمتها الا اذا قدر أن الثمن بخلاف جنس الطوق فحينئذ يفيد بيان قيمتها لأن الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما اهـ وبه ظهر أن تقييد الشارح أولا الطوق بكونه فضة لا يناسب ما ذكره من الانقسام الا أن يحمل الالف في قوله قيمته ألف على انه من الذهب أي ألف مثقال لكن قوله أو أنه غير جنس الطوق ينافي ذلك وقد تبع فيه العيني وصوابه اذا كان غير جنس الطوق فيوافق ما أجاب به الزيلعي لأن الانقسام المذكور انما يكون عند اختلاف الجنس وبعد هذا يرد عليه كما قال ط انه عند اختلاف الجنس لا تعتبر القيمة بل يشترط التقابض كما سيذكره في الاصل الآتي وفي المنح ولو بيع المصوغ من الذهب أو المزركش منه بالدراهم فلا يحتاج الى معرفة قدره وهل هو أقل أو اكثر بل يشترط القبض في المجلس فلو بيع بالذهب يحتاج الخ قلت وقد يجاب بأن بيان القيمة له فائدة وان اختلف الجنس وذلك عند استحقاق الطوق أو الجارية تأمل (قوله ألف نقد وألف نسيئة) قيد بتأجيل البعض لأنه لو أجل الكل فسد البيع في الكل عنده وقالا في الطوق فقط وتمامه في البحر وذكر في الدرر أنه لو نقد ألفا في تأجيل الكل فهو حصة الطوق واعترضه في الشرنبلالية بأنه فاسد من الاصل على قول الامام فلا يحكم بصحته بنقد الالف بعده وأجيب بأنه اذا نقد حصة الصرف قبل الافتراق يعود الى الجواز لزوال المفسد قبل تقرره كما مر في اشتراط الاجل (قوله ويخلص بلا ضرر) الاولى اسقاطه كما فعل في الكنز وقد تبع المصنف في ذكره الوقاية والدرر واعترضهم في العزمية وغيرها وأيضا فلا معنى لكونه شرطا في هذه المسألة لأن البيع صح في الكل وأجيب بأنه يفهم

مطلب يستعمل المثنى فى الواحد

فباعه (بمائة ونقد خمسين فما نقد) فهو (ثمن الفضة سواء سكت أو قال خذ هذا من ثمنهما) تحريا للجواز وكذا لو قال هذا المعجل حصة السيف لانه اسم للحلية أيضا لدخولها فى بيعه تبعا ولو زاد خاصة فسد البيع لازالته الاحتمال (فان افترقا من غير قبض بطل فى الحلية فقط) وصح فى السيف (ان يخلص بلا ضرر) كطوق الجارية (وان لم يخلص) الا بضرر (بطل أصلا) والاصل انه متى بيع نقد مع غيره كمفضض ومزركش بنقد من جنسه شرط زيادة الثمن فلو مثله أو أقل أو جهل بطل

ما اذا تخلص بضرر بالاولى ثم ذكره عند قوله الآتى فان افترقا فى محله (قوله ونقد خمسين) أى والخمسون الباقية دين أو نسيئة ط (قوله تحريا للجواز) اذ الظاهر قصدهما الوجه المصحح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به الا اذا صرح بخلافه كما يأتى وقوله خذه من ثمنهما لا يخالفه لان المثنى استعمل فى الواحد أيضا كما فى قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وقوله تعالى يا معشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم والرسل من الانس وقوله تعالى نسيا حوتهما وقوله صلى الله عليه وسلم اذا سافرتما فأذنا وأقيما وتمامه فى الفتح قال فى البحر ونظيره فى الفقه اذا حضتما حيضة أو ولدتما ولدا علق باحداهما للاستحالة بخلاف ما اذا لم يذكر المفعول به للامكان (قوله لانه اسم للحلية أيضا الخ) عبارة الزيلعى لانهما شئ واحد اهـ وبه يظهر انه فى مسألة الجارية المطوقة لو قال خذ هذا من ثمن الجارية يفسد البيع وبه صرح فى النهر (قوله ولو زاد خاصة فسد البيع) أى بأن قال هذا المعجل حصة السيف خاصة وعبارة المبسوط انتقض البيع فى الحلية وظاهره انه يصح فى السيف دون الحلية وعليه فكان المناسب أن يقول فسد الصرف لكن هذا محمول على ما اذا كانت الحلية تتميز بلا ضرر لامكان التسليم وبهذا الحمل وفق الزيلعى بين ما فى المبسوط وبين ما فى المحيط من انه لو قال هذا من ثمن النصل خاصة فان لم يمكن التمييز الا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود الى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع وان أمكن تمييزها بلا ضرر بطل الصرف اهـ ولا يخفى حسن هذا التوفيق لانه اذا صح البيع والصرف مع ذكر النصل بجعل المنقود ثمنا للحلية التى لا يمكن تمييزها الا بضرر يلزم أن يصح مع ذكر السيف بالاولى اذ لا شك أن لفظ النصل أخص من لفظ السيف لان السيف يطلق على النصل والحلية وبه اندفع ما فى البحر نعم فى كلام الزيلعى نظر من وجه آخر بيناه فيما علقناه على البحر (تنبيه) بقى ما لو قال نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف فالمقبوض من ثمن الحلية كما فى الزيلعى والظاهر حمله على ما اذا لم يمكن تمييزه بلا ضرر فلو أمكن فسد الصرف فى نصف الحلية يدل عليه ما فى كافى الحاكم ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوبا بعشرين درهما فنقده عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب ثم تفرقا وقد قبض القلب والثوب انتقض البيع فى نصف القلب وأما فى السيف اذا سمى فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن نصل السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع اهـ تأمل وانظر ما علقناه على البحر (قوله وصح فى السيف) لعدم اشتراط قبض ثمنه فى المجلس نهر (قوله كطوق الجارية) الاولى كالجارية المطوقة لانه اذا تخلص السيف عن حليته بلا ضرر يقدر على تسليمه فيصير كبيع الجارية مع طوقها (قوله بطل أصلا) أى بطل بيع الحلية والسيف لتعذر تسليم السيف بلا ضرر كبيع جذع من سقف نهر

مطلب فى بيع المموه

(تتمة) قال فى كافى الحاكم واذا اشترى لجاما مموها بفضة بدراهم أقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لان التمويه لا يخلص ألا ترى انه اذا اشترى الدار المموهة بالذهب بثمن مؤجل يجوز ذلك وان كان ما فى سقوفها من التمويه بالذهب أكثر من الذهب فى الثمن اهـ والتمويه الطلى ونقل الخير الرملى نحوه عن المحيط ثم قال وأقول يجب تقييد المسألة بما اذا لم تكثر الفضة أو الذهب المموه أما اذا كثر بحيث يحصل منه شئ يدخل فى الميزان بالعرض على النار يجب حينئذ اعتباره ولم أره لاصحابنا لكن رأيته للشافعية وقواعدنا شاهدة به فتأمل اهـ (قوله والاصل الخ) أشار به الى فائدة قوله فباعه بمائة أى بثمن زائد على قدر الحلية التى من جنس الثمن ليكون قدر الحلية ثمنا لها والزائد ثمنا للسيف اذ لو لم تتحقق الزيادة بطل البيع أما لو كان الثمن من خلاف جنسها جاز البيع كيفما كان لجواز التفاضل كما فى البحر ومقتضاه أن المؤدى من خلاف الجنس وان قل يقع عن ثمن الحلية وغير المؤدى يكون عن النصل تحريا للجواز (قوله كمفضض ومزركش) الاول ما رصع بفضة أو ألبس فضة كسرج من خشب ألبس فضة والثانى فى العرف هو المطرز بخيوط فضة أو ذهب وبه عبر فى البحر وأما حلية

مطلب فى بيع المفضض والمزركش وحكم علم الثوب

السيف فتشمل ما اذا كانت الفضة غير ذلك كقبيعة السيف تأمل وخرج المموه كما علمت آنفا (تنبيه) لم يذكر حكم العلم فى الثوب وفى الذخيرة واذا باع ثوبا منسوجا بذهب بالذهب الخالص لا بد لجوازه من الاعتبار وهو أن يكون الذهب المنفصل أكثر وكان ينبغى أن يجوز بدونه لان الذهب الذى نسج خرج عن كونه وزنيا ولذا لا يباع وزنا لكنه وزنى بالنص فلا يخرجه عن كونه مال ربا ثم قال وفى المنتقى ان فى اعتبار الذهب فى السقف روايتين

فلا يعتبر العلم فى الثوب وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انه يعتبر اهـ وفى التتارخانية عن الغياثية ولو باع دارا فى سقوفها ذهب بذهب فى رواية لا يجوز بدون الاعتبار لان الذهب لا يكون تبعا بخلاف علم الثوب والابريسم فى الذهب فانه لا يعتبر لانه تبع محض اهـ وظاهر التعليل أن ذهب السقوف عين قائمة لا مجرد تمويه ويدل عليه ما قدمناه آنفا عن الكافى من أن المموه لا يعتبر لكونه لا يخلص وفى الهندية عن المحيط والدار فيها صفائح ذهب أو فضة بيعها بجنسها كالسيف المحلى اهـ وحاصل هذا كله اعتبار المنسوج قولا واحدا واختلاف الرواية فى ذهب السقف والعلم وأن المعتمد عدم اعتباره فى المنسوج وقد علم بهذا أن الذهب ان كان عينا قائمة فى المبيع كمسامير الذهب ونحوها فى السقف مثلا يعتبر كطوق الامة وحلية السيف ومثله المنسوج بالذهب فانه قائم بعينه غير تابع بل هو مقصود بالبيع كالحلية والطوق وبه صار الثوب ثوبا ولذا يسمى ثوب ذهب بخلاف المموه لانه مجرد لون لا عين قائمة وبخلاف العلم فى الثوب فانه تبع محض فان الثوب لا يسمى به ثوب ذهب ولا يرد ما قدمه الشارح من أن الحلية تبع للسيف أيضا فان تبعيتها له من حيث دخولها فى مسماه عرفا سواء كانت فيه أو فى قرابه لكنها أصل من حيث قيامها بذاتها وقصدها بالشراء كطوق الجارية ولا كذلك علم الثوب لان الشرع أهدر اعتباره حتى حل استعماله لكن ينبغى انه لو زاد على أربعة أصابع أن يعتبر هنا أيضا هذا ما ظهر لى فى تحرير هذا المحل فتأمل (قوله شرط التقابض فقط) أى ولا يشترط تحقق زيادة الثمن كما قدمناه (قوله صح فيما قبض) لوجود شرط الصرف فيه نهر (قوله لانه صرف) هذا علة العلة لان علة الاشتراك بطلان البيع فيما لم يقبض لانه صرف أو هو علة لقوله صح فيما قبض وما بعده والمراد أنه صرف كله كما فى الهداية قال فى الكفاية فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد بخلاف مسألتى الجارية مع الطوق والسيف مع الحلية فان كل واحدة منهما صرف وبيع فاذا نقد بدل الصرف صح فى الكل (قوله لتعيبه من قبله) أى لتعيب الاناء بعيب الشركة من جهة المشترى بصنعه بسبب عدم نقده كل الثمن قبل الافتراق (قوله فيخير) أى فى أخذ الباقى (قوله واذا استحق بعضه) أى وقد كان نقد كل الثمن (قوله لتعيبه بغير صنعه) لان عيب الاشتراك كان موجودا عند البائع مقارنا للعقد (قوله ومفاده) أى مفاد التعليل المذكور (قوله لا باقراره) أى لو ادعى المستحق بعض الاناء فأقر له به المشترى لا يخير لان الشركة ثبتت بصنعه ولا يخفى أن النكول عن اليمين ان كان من البائع فهو كالبينة وان كان من المشترى فهو فى حكم الاقرار منه ولذا لا يرجع بالثمن على بائعه اذا نكل كما لو أقر كما مر فى بابه (قوله اختلفوا الخ) فانه قيل ان العقد ينفسخ بقضاء القاضى للمستحق بالاستحقاق وهو رواية الخصاف وقيل لا ما لم يرجع المشترى على بائعه وقيل ما لم يأخذ المستحق العين وقيل ما لم يقض على البائع بالثمن وفى الهداية انه ظاهر الرواية وقدمنا تحرير الكلام على ذلك والتوفيق بينه وبين ما نقله عن الفتح فراجعه فى أول باب الاستحقاق وأشار الشارح الى أن ما مشى عليه المصنف أحسن مما فى البحر عن السراج حيث قال فان أجاز المستحق قبل أن يحكم له بالاستحقاق فان مفهومه انه ليس له الاجازة بعد الحكم بالاستحقاق لانفساخ العقد بالحكم وهذه رواية الخصاف كما علمت وهى خلاف ظاهر الرواية (قوله وكان الثمن له) أى للمستحق لان البائع كان فضوليا فى بيع ما استحقه المستحق وتوقف على اجازته قبل الفسخ فاذا أجاز نفذ العقد وكان الثمن له (قوله اذا لم يفترقا) أى البائع والمشترى وهذا متعلق بقوله جاز العقد (قوله بعد الاجازة) كذا فى البحر عن السراج مع أن الذى فى الجوهرة وهى للحدادى صاحب السراج قبل الاجازة ويؤيده قوله فى السراج والجوهرة حتى لو افترق العاقدان قبل اجازة المستحق بطل العقد وان فارقه المستحق قبل الاجازة والمتعاقدان باقيان فى المجلس صح العقد اهـ والحاصل أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيصير هذا الفضولى بعد الاجازة كأنه كان وكيلا بالبيع قبلها فان حصل التقابض بينه وبين المشترى قبل الافتراق نفذ العقد بالاجازة اللاحقة وان افترقا قبل التقابض لا ينفذ العقد بها لانه لو كان وكيلا حقيقة قبل العقد يفسد بالافتراق بلا قبض فكيف اذا صار وكيلا بالاجازة اللاحقة ثم اذا حصل التقابض قبل الافتراق والاجازة ثم أجاز نفذ العقد وان افترقا بعد أما اذا أجاز قبل الافتراق والتقابض فلا بد من التقابض بعدها قبل الافتراق لفساد العقد بالافتراق بدون تقابض وان أجاز قبله وعلى هذا يحمل كلام المصنف (قوله ولو باع قطعة نقرة) بضم النون وهى كما فى المغرب والقاموس القطعة المذابة

ولو بغير جنسه شرط التقابض فقط (ومن باع اناء فضة بفضة أو بذهب ونقد بعض ثمنه) فى المجلس (ثم افترقا صح فيما قبض واشتركا فى الاناء) لانه صرف (ولا خيار للمشترى) لتعيبه من قبله بعدم نقده (بخلاف هلاك أحد العبدين قبل القبض) فيخير لعدم صنعه (واذا استحق بعضه) أى الاناء (أخذ المشترى ما بقى بقسطه أو رد) لتعيبه بغير صنعه قلت ومفاده تخصيص استحقاقه بالبينة لا باقراره فليحرر (فان أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد جاز العقد) اختلفوا متى ينفسخ البيع اذا ظهر الاستحقاق وظاهر الرواية انه لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح فتح (وكان الثمن له يأخذه البائع من المشترى ويسلمه له اذا لم يفترقا بعد الاجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فتتعلق أحكام العقد به دون المجيز) حتى يبطل العقد بمفارقة العاقد دون المستحق جوهرة (ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها

(أخذ) المشترى (مابقى بقسطه بلا خيار) لان التبعيض لا يضرّها (و) هذا (لو) كان الاستحقاق (بعد قبضها وان قبل قبضها له الخيار) لتفرّق الصفقة وكذا الدينار والدرهم جوهرة (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين) بصرف الجنس بخلاف جنسه (و) مثله (بيع كرّ برّ وكرّ شعير بكرّى برّ وكرّى شعير (و) كذا (بيع احدعشر درهما بعشرة دراهم ودينار و) صح ٢ بيع درهم صحيح ودرهمين غلّة) بفتح وتشديد ماردّه بيت المال ويقبله التجار (بدرهمين صحيحين ودرهم غلّة) للمساواة وزنا وعدم اعتبار الجودة (و) صح (بيع من عليه عشرة دراهم) دين (ممن هى له) أى من دائنه فصح بيعه منه (دينارا بها) اتفاقا وتقع المقاصة بنفس العقد اذلا ربا فى دين سقط (أو) بيعه (بعشرة مطلقة) عن التقييد بدين عليه (ان دفع) البائع (الدينار) للمشترى (وتقاصا العشرة) الثمن (بالعشرة) الدين أيضا استحسانا

من الذهب أو الفضة وقبل الاذابة تسمى تبرا كما فى المصباح ويقال نقرة فضة على الاضافة للبيان كما فى المغرب (قوله لان التبعيض لا يضرّها) فلم يلزم عيب الشركة لامكان أن يقطع حصته مثلا نهر (قوله لتفرّق الصفقة) أى قبل تمامها بخلاف ما بعد القبض لتمامها بحر ويقال فيما اذا أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد ما قيل فى مسألة الاناء السابقة أفاده الشرنبلالى (قوله وكذا الدينار والدرهم) أى نظير النقرة لان الشركة فى ذلك لا تعدّ عيبا كذا فى الكرخى منح عن الجوهرة أى لو استحق بعضه لا يخير لانه ليس عيبا قال ط لامكان صرفه واستيفاء كل حقه من بدله (قوله بصرف الجنس بخلاف جنسه) أى تصحيحا للعقد كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصحيحا للعقد وفى الظهيرية عن المبسوط باع عشرة وثوبا بعشرة وثوب وافترقا قبل القبض بطل العقد فى الدراهم ولو صرف الجنس الى خلاف جنسه لم يبطل ولكن قيل فى العقود للتصحيح فى الابتداء ولا يحتال للبقاء على الصحة اه بحر أى لان الفساد هنا عرض بالافتراق قبل القبض (قوله وكذا بيع احد عشر درهما الخ) فتكون العشرة بالعشرة والدرهم بالدينار وأردف هذه المسألة وان علمت مما قبلها البيان أن صرف الجنس الى خلاف جنسه لا فرق فيه بين أن يوجد الجنسان فى كل من البدلين أو أحدهما أفاده فى النهر عن العناية (قوله بفتح وتشديد) أى بفتح الغين المعجمة وتشديد اللام (قوله ماردّه بيت المال) أى لا لزيافتها بل لكونها قطعا عزمى عن النهاية وفيه توفيق بين تفسيرها بما ذكر الشارح وتفسيرها بالدراهم المقطعة (تنبيه) فى الهداية ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب ومع أقلهما شئ آخر تبلغ قيمته باقى الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة لا يجوز البيع لتحقق الربا اذ الزيادة لا يقابلها عوض فتكون ربا اه وصرح فى الايضاح بأن الكراهة قول محمد وأما أبو حنيفة فقال لا بأس وفى المحيط انما كرهه محمد خوفا من أن يألفه الناس ويستعملوه فيما لا يجوز وقيل لانهما باشرا الحيلة لاسقاط الربا كبيع العينة فانه مكروه اه بحر وأورد انه لو كان مكروها لزم أن يكره فى مسألة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين ولم يذكره وأجيب عنه بجواب اعترضه فى الفتح ثم قال وغاية الامر أنه لم ينص هنالك على الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كليا يفيده وينبغى أن يكون قول أبى حنيفة أيضا على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق المصنف بلا ذكر خلاف اه ويأتى الكلام على بيع العينة آخر الباب وفى الكفالة ان شاء الله تعالى وانظر ما قدمناه قبيل الربا (قوله ممن هى له) متعلق ببيع (قوله فصح بيعه منه) هذا وان علم لكن كرره ليبين أن قوله دينارا مفعول بيع وكان الاوضح والاخصر للمصنف أن يقول وصح بيع دينار بعشرة عليه أو مطلقة ممن هى له (قوله وتقع المقاصة بنفس العقد) أى بلا توقف على ارادتهما لها بخلاف المسألة الآتية ووجه الجواز أنه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز اجماعا لان التعيين للاحتراز عن الربا أى ربا النسيئة ولا ربا فى دين سقط انما الربا فى دين يقع الخطر فى عاقبته ولذا لو تصارفا دراهم دينا بدنانير دينا صح لفوات الخطر (قوله ان دفع البائع الدينار) قيد فى الصورتين ط عن مكى (قوله وتقاصا العشرة) قيد فى الثانية فقط نهر (قوله بالعشرة الدين استحسانا) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لكونه استبدالا ببدل الصرف قبل قبضه وجه الاستحسان انه بالتقابض انفسخ العقد الاول وانعقد صرف آخر مضاف الى الدين لانهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى آخر اقتضاء كما لو جدّد البيع بأكثر من الثمن الاول كذا قالوا وتمامه فى النهر وأطلق فى العشرة الدين فشمل ما اذا كانت عليه قبل عقد الصرف أو حدثت بعده فى الاصح فاذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشترى أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضى لانه قد وجد منه القبض بحر ملخصا ولا يخفى أن هذا خاص بالصورة الثانية اذ فى المقيدة لا يتصوّر أن يكون الدين حادثا لان فرضها أن يبيع الدينار بعشرة عليه كما فى النهر من ذكر ذلك فى الاولى سبق قلم فتنبه ثم قال فى البحر والحاصل أن الدين اذا حدث بعد الصرف فان كان بقرض أو غصب وقعت المقاصة وان لم يتقاصا وان حدث بالشراء بأن باع مشترى الدينار من بائع الدينار ثوبا بعشرة ان لم يجعلاه قصاصا لا يصير قصاصا باتفاق الروايات وان جعلاه ففيه روايتان ذخيرة ومن مسائل المقاصة ما لو كان للمودع على صاحب الوديعة دين من جنسها لم تصر قصاصا به الا اذا اتفقا عليه وكانت فى يده أو رجع الى أهله فأخذها والمغصوب كالوديعة وكذلك لا تقع المقاصة ما لم يتقاصا لو كان الدينان

٢ مطلب
فى حكم بيع فضة بفضة قليلة مع شئ آخر لاسقاط الربا

مطلب
مسائل فى المقاصة

(وماغلب فضته وذهبه فضة وذهب) حكما (فلا يصح بيع الخالص به ولا بيع بعضه ببعض الامتساويا وزنا و) كذا (لا يصح الاستقراض بها الاوزنا) كما مرّ فى بابه (والغالب) عليه (الغش منهما فى حكم عروض) اعتبارا للغالب (فصح بيعه بالخالص ان كان الخالص أكثر) من المغشوش ليكون قدره بمثله والزائد بالغش كما مرّ (وبجنسه متفاضلا) وزنا وعددا بصرف الجنس لخلافه (بشرط التقابض) بل الافتراق (فى المجلس) فى الصورتين لضرر التميز (وان كان الخالص مثله) أى مثل المغشوش (أو أقل منه أو لا يدرى فلا) يصح البيع للربا فى الاولين ولاحتماله فى الثالث (وهو) أى الغالب الغش (لا يتعين بالتعيين ان راج) لثمنيته حينئذ (والا) يرج (تعين به) كسلعة وان قبله البعض فكزيوف

من جنسين أو متفاوتين فى الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أحدهما غلة والآخر صحيحا كما فى الذخيرة واذا اختلف الجنس وتقاصا كما لو كان له عليه مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه فاذا تقاصا تصير الدراهم قصاصا بمائة من قيمة الدنانير ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم ما بقى منها ظهيرية ودين النفقة للزوجة لا يقع قصاصا بدين للزوج عليها الا بالتراضى بخلاف سائر الديون لان دين النفقة أدنى فروق الكرابيسى اهـ ملخصا قال وتقدم شئ من مسائل المقاصة فى باب أم الولد (قوله حكما) تمييز محوّل عن المبتدا أى حكم ما غلب فضته وذهبه حكم الفضة والذهب الخالصين وذلك لان النقود لا تخلو عن قليل غش للانطباع وقد يكون خلقيا كما فى الردئ فيعتبر القليل بالردئ فيكون كالمستهلك ط (قوله الاستقراض بها) الاوضح استقراضه ط وبه عبر فى الملتقى (قوله كما مرّ فى بابه) لم أره صرح بذلك فى باب القرض (قوله فى حكم عروض) الاولى تعبير الكنز بقوله ليس فى حكم الدراهم والدنانير وذلك لانه يجب فيها الاعتبار والتقابض وتتعين بالتعيين ان راجت (قوله اعتبارا للغالب) أى فى الصورتين (قوله ان كان الخالص أكثر من المغشوش) أى أكثر من الخالص الذى خالطه الغش والاوضح أن يقول أكثر مما فى المغشوش قال فى الفتح ولا يخفى أن هذا لا يتأتى فى كل دراهم غالبة الغش بل اذا كانت الفضة المغلوبة بحيث لا تتخلص من النحاس اذا أريد ذلك أما اذا كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالمموهة لا تعتبر ولا تراعى فيها شرائط الصرف وانما هو كاللون وقد كان فى أوائل سبعمائة فى فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف أى صاحب الهداية ومشايخنا يعنى مشايخ ماوراء النهر من بخارى وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك أى بيعها بجنسها متفاضلا فى العدالى والغطارفة مع أن الغش فيها أكثر من الفضة لانها أعز الاموال فى ديارنا فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا الصريح فان الناس حينئذ يعتادون فى الاموال النفيسة فيتدرجون ذلك فى النقود الخالصة فمنع حسما لمادة الفساد اهـ وفى البزازية والصواب انه لا يفتى بالجواز فى الغطارفة لانها أعز الاموال وعليه صاحب الهداية والفضلى (قوله كما مرّ) أى فى مسألة بيع الزيتون بالزيت بحر وهذه مرّت فى باب الربا ويحتمل كون التشبيه راجعا الى ما فى المتن من اشتراط كون الخالص أكثر ومراده بما مرّ مسألة حلية السيف كما أفاده فى الهداية (قوله وزنا وعددا) أى على حسب حالها فى الرواج قال فى الهداية ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص اهـ ويأتى قريبا (قوله بصرف الجنس لخلافه) أى بأن يصرف فضة كل واحد منهما الى غش الآخر (قوله فى الصورتين) أى صورة بيعه بالخالص وصورة بيعه بجنسه (قوله لضرر التميز) قال فى البحر يشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف فى البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين ويشترط فى الغش أيضا لانه لا يتميز الا بضرر اهـ فالعلة المذكورة لاشتراط قبض الغش فاشتراط قبضه لا لذاته بل لانه لا يمكن فصله عن الخالص الذى فيه المشروط قبضه لذاته لا يقال ان النحاس الذى هو الغش موزون أيضا فقد وجد فيه القدر فيشترط قبضه لذاته أيضا الا انا نقول وزن الدراهم غير وزن النحاس ونحوه فلم يجمعهما قدر والا لزم أن لا يجوز بيع القطن ونحوه مما يوزن الا اذا كان ثمنه من الدراهم مقبوضا فى المجلس لان القدر يحرّم النساء مع انه يجوز السلم فيه كما مرّ فى بابه ولا يخفى أن الغش لو كان فضة فى ذهب فالشرط قبض الكل لذاته لانه صرف فى الكل (قوله وان كان الخالص مثله الخ) محترز قوله ان كان الخالص أكثر وحاصله أن الصور أربعة اما أن يكون الخالص أكثر أو مثله أو أقل أو لا يدرى فيصح فى الاولى فقط دون الثلاثة الباقية كما مرّ فى بيع السيف مع حليته (قوله أى مثل المغشوش) اى الذى اختلط بالغش (قوله فلا يصح البيع) أى لا فى الفضة ولا فى النحاس أيضا اذا كان لا تتخلص الفضة الا بضرر فتح (قوله للربا فى الاولين) بزيادة الغش فى الاول وزيادته مع بعض الذهب أو الفضة فى الثانى ط (قوله ولاحتماله فى الثالث) وللشبهة فى الربا حكم الحقيقة ط (قوله لا يتعين بالتعيين) فلو قال اشتريت بهذه الدراهم فله أن يمسكها ويدفع غيرها مثلها (قوله لثمنيته حينئذ) أى حين اذ كان رائجا لانه بالاصطلاح صار أثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى بحر فلو هلك قبل القبض لا يبطل العقد فتح (قوله تعين به) أى بالتعيين لان هذه الدراهم فى الاصل سلعة وانما صارت أثمانا بالاصطلاح فاذا تركوا المعاملة بها

رجعت الى أصلها بحر فيبطل العقد بهلاكها قبل التسليم هـذا اذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل منهما أن الآخر يعلم فان كانا لا يعلمان أو لا يعلم احدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد لا بالمشار اليه من هذه الدراهم التى لا تروج فتح (قوله ان علم البائع بحاله) لانه رضى بذلك وأدرج نفسه فى البعض الذين يقبلونها فتح (قوله والا) أى وان كان لا يعلم بحال هـذه الدراهم أو باعه بها على ظن انها جياد تعلق حقه بالجياد لعدم الرضى بها بحر (قوله بما يروج منه) أى من الذى غلب غشه (قوله عملا بالعرف الخ) الاولى ذكره بعد قوله فبكل منهما لان المراد أن اعتبار الوزن أو العدد أو كل منهما مبنىّ على ما هو المتعارف فيها من ذلك (قوله فبه) أى فالبيع والاستقراض بالوزن (قوله وذهبه) الاولى عطفه بأو (قوله فلم يجز الا بالوزن) بمنزلة الدراهم الرديئة لان الفضة فيها موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب الاعتبار بالوزن شرعا بحر (قوله الا اذا أشار اليهما) أى الى المتساوى وغالب الفضة اى فى المبايعة فيكون بيانا لقدرها ووصفها ولا يبطل البيع بهلاكها قبل القبض ويعطيه مثلها لكونها ثمنا لم تتعين بحر وأفاد أنه فى الاستقراض لا يجوز الا وزنا وان أشار اليها (قوله كما فى الخالصة) أى كما لو أشار الى الدراهم الخالصة من الغش وعبارة النهر كما لو أشار الى الجياد اهـ أى فانه يجوز البيع بما أشار اليه منها بلا وزن أيضا (قوله فيصح بالاعتبار المارّ) أى اذا بيعت بجنسها بصرف الجنس الى خلاف جنسه أى بأن يصرف ما فى كل منهما من الغش الى ما فى الآخر من الفضة كما مرّ فى الغالب غشه وظاهره جواز التفاضل هنا أيضا لكن قال الزيلعى وفى الخانية ان كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز التفاضل فظاهره انه أراد به فيما اذا بيعت بجنسها وهو مخالف لما ذكرهنا ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة فى حق الصرف احتياطا اهـ وأقرّه فى البحر والنهر والمنح وظاهرها اعتماد ما فى الخانية تأمل وقال الزيلعى ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما أو بفضة فقط اهـ وقوله لا غلبة لاحدهما أى لواحد من الغش والفضة التى فيه المساوية له (قوله وهو نافق) أى رائج من باب تعب (قوله فكسد) من باب قتل أى لم ينفق لقلة الرغبات فيه مصباح (قوله ذلك) أفاد به أن افراد الضمير فى كسد باعتبار المذكور وفيه أن العطف بأو والاولى فيه الافراد ط (قوله قبل التسليم للبائع) قيد به لانه لو قبضها ولو فضوليا فيه فكسدت لا يفسد البيع ولا شئ له نهر وسينبه عليه الشارح وفى النهر أيضا وان كان نقد بعض الثمن دون بعض فسد فى الباقى (قوله بطل البيع) أى ثبت للمشترى فسخه كما يأتى مع ما فيه ووجه بطلانه عند الامام كما فى الهداية أن الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح ولم يبق فبقى بيعا بلا ثمن فيبطل فاذا بطل يجب ردّ المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما فى البيع الفاسد اهـ (قوله فانه كالكساد) كذا فى البحر تبعا للزيلعى وفى المضمرات لو انقطع ذلك فعليه من الذهب والفضة قيمته فى آخر يوم انقطع هو المختار وفى الذخيرة الانقطاع كالكساد والاول أصح اهـ رملى عن المصنف (قوله وكذا حكم الدراهم) كذا فى البحر ولم أره لغيره وقال محشيه الرملى أى الدراهم التى لم يغلب عليها الغش فاقتصار المصنف على غالب الغش والفلوس لغلبة الفساد فيهما دون الجيدة تأمل اهـ ملخصا قلت لكن علمت أن بطلان البيع فى كساد غالب الغش والفلوس معلل عند الامام ببطلان الثمنية فبقى بيعا بلا ثمن ولا شك أن الجياد لا تبطل ثمنيتها بالكساد لان ثمنيتها بأصل الخلقة كما صرّحوا به لا بالاصطلاح فلا وجه لبطلانه عنده بكساد الجياد فالظاهر أن مراد البحر بالدراهم غالبة الغش لكنه مكرر بما فى المتن تأمل ثم رأيت فى الفتح قال ولابى حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش بالاصطلاح لا بالخلقة بخلاف النقدين فان ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح اهـ نعم يمكن أن يجاب بأن هذا فى النقد الخالص والمغشوشة التى غلبت فضتها تخالفه لكن قدمرّ أنها كالخالصة لان الفضة قلما تنطبع الا بقليل غش والحاصل أن ما ذكره فى البحر وتبعه الشارح يحتاج الى نقل صريح أو يحمل على ما قلنا أولا فتأمل وانظر ما قدمناه أول البيوع عند قوله و بثمن حال ومؤجل (قوله وصححاه بقيمة المبيع) صوابه بقيمة الثمن سائحانى أو بقيمة الهالك ط قال فى الفتح وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وأحمد لا يبطل ثم اختلفوا فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع قال فى الذخيرة وعليه الفتوى

فيتعلق العقد بجنسه زيفا ان علم البائع بحاله والا فبجنسه جيدا (و) صح (المبايعة والاستقراض بما يروج منه) عملا بالعرف فيما لا نص فيه فان راج (وزنا) فبه (أو عددا) فبه (أو بهما) فبكل منهما (والمتساوى) غشه وفضته وذهبه (كغالب الفضة) والذهب (فى تبايع واستقراض) فلم يجز الا بالوزن الا اذا أشار اليهما كما فى الخالصة (و) أما (فى الصرف) فـ(كغالب غش) فيصح بالاعتبار المارّ (اشترى شيأ به) بغالب الغش وهو نافق (أو بفلوس نافقة فكسد) ذلك (قبل التسليم) للبائع (بطل البيع كما لو انقطعت) عن أيدى الناس فانه كالكساد وكذا حكم الدراهم لو كسدت أو انقطعت بطل وصححاه بقيمة المبيع وبه يفتى رفقا بالناس بحر وحقائق

لانه مضمون بالبيع كقوله فى المغصوب اذا هلك عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب وقال محمد عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لانه أوان الانتقال الى القيمة وفى المحيط والتتمة والحقائق به يفتى رفقا بالناس اه ونحوه فى البحر وبه تعلم ما فى عبارة الشارح (قوله بل يتخير البائع لتعيبها) قال فى البحر وان كانت تروج فى بعض البلاد لا يبطل لكنه تعيب اذا لم ترج فى بلدهم فيتخير البائع ان شاء أخذه وان شاء أخذ قيمته اه ومفاده أن التخيير خاص بما اذا كان الكساد فى بلد العقد (قوله خلافا لما فى نسخ المصنف) حيث قال فى البيوت بدون عطف (قوله لو راجت) أى بعد الكساد (قوله عاد جائزا) الاولى أن يقول بقى على الصحة بدليل التعليل أفاده ط (قوله اى ثبت للبائع ولاية فسخه) هذا تفسير لمحذوف وهو مؤول وذلك المحذوف خبر المبتدا وهو قول ثم ان ما ذكره مأخوذ من البحر استدلالا بعبارة البزازية والظاهر أن ما فيها مبنى على قول البعض ففى الفتح لو اشترى مائة فلس بدرهم فكسدت قبل القبض بطل البيع استحسانا لان كسادها كهلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشترى ابطاله فسخا لان كسادها كعيب فيها والمعقود عليه اذا احدث به عيب قبل القبض ثبت للمشترى فيه الخيار والاول أظهر اه ومثله فى غاية البيان (قوله لو نقصت قيمتها) أى قيمة غالبة الغش ويعلم منه انه لا يبطل فى غالبة الفضة بالاولى أفاده ط عن أبى السعود (قوله وعكسه) لا حاجة اليه (قوله ويطالب بنقد ذلك العيار) أى بدفع ذلك المقدار الذى جرى عليه العقد ولا ينظر الى ما عرض بعده من الغلاء أو الرخص وهذا عزاه الشارح الى الفتح ومثله فى الكفاية والظاهر أنه المراد مما نقله فى البحر عن الخانية والاسبيجابى من انه يلزمه المثل ولا ينظر الى القيمة فمراده بالمثل المقدار تأمل وفيه عن البزازية والذخيرة والخلاصة عن المنتقى غلت الفلوس القرض أو رخصت فعند الامام الاول والثانى أولا ليس عليه غيرها وقال الثانى ثانيا عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى أى يوم البيع فى البيع ويوم القبض فى القرض ومثله فى النهر فهذا ترجيح لخلاف ما مشى عليه الشارح ورجحه المصنف أيضا كما قدمناه فى فصل القرض وعليه فلا فرق بين الكساد والرخص والغلاء فى لزوم القيمة (قوله وكذا فضولى) يعنى غير دلال ولا حاجة اليه لان الدلال ٢ اذا باع بغير اذن كان فضوليا ولعله زاده لان الدلال فى العادة يبيع بالاذن كما هو مقتضى اشتقاقه من الدلالة فانه يدل البائع على المشترى او بالعكس ليتوسط بينهما فى البيع فزاد قوله أو فضولى ليناسب قول المصنف بغير اذنه ويشير الى انه لا فرق بين كونه بالاذن أو لا ولذا قال فى النهر قيدنا بعدم قبض البائع لانه لو قبضها ولو فضوليا فكسدت لا يفسد البيع ولا شئ (قوله عينى وغيره) اعترض بأن عبارة الفتح والعينى والخلاصة دلال باع متاع الغير باذنه قلت لكن الذى رأيته فى الفتح عن الخلاصة كعبارة المصنف ولفظه وفى الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير بغير اذنه الخ نعم الذى فى العينى والبحر عن الخلاصة عن المحيط وكذا فى متن المصنف مصلحا باذنه وهو المناسب لقوله لا يفسد البيع ولقوله لان حق القبض له وعلى ما فى الفتح يكون المراد أن المالك أجاز البيع ليناسب ما ذكر تأمل (قوله وان لم تعين) لانها صارت أثمانا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت فى الذمة كالنقدين ولا تتعين وان عينها كالنقد الا اذا قالا أردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق بها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين بأعيانهما حيث يتعين بلا تصريح لئلا يفسد البيع بحر وهو ملخص من كلام الزيلعى (قوله حتى يعينها) لانها مبيعة فى هذه الحالة والمبيع لا بد أن يعين نهر (قوله كسلع) عبارة البحر لانها سلع وفى المصباح السلعة البضاعة جمعها سلع كسدرة وسدر (قوله رد مثل أفلس القرض اذا كسدت) أى رد مثلها عددا عند أبى حنيفة بحر وأما اذا استقرض دراهم غالبة الغش فكذلك فى قياس قوله قال أبو يوسف ولست أروى ذلك عنه ولكن لروايته فى الفلوس فتح قال محشى مسكين وانظر حكم ما اذا اقترض من فضة خالصة أو غالبة أو مساوية للغش ثم كسدت هل هو على هذا الاختلاف أى بين الامام وصاحبيه أو يجب رد المثل بالاتفاق اه قلت ويظهر لى الثانى لما قدمناه قريبا ولما يأتى قريبا عن الهداية ولم يذكر الانقطاع والظاهر أن الكلام فيه كما مر فى غالب الغش تأمل وفى حاشية مسكين أن تقييد الاختلاف فى رد المثل أو القيمة بالكساد يشير الى انها اذا غلت أو رخصت وجب رد المثل بالاتفاق وقدمر نظيره فيما اذا اشترى بغالب الغش أو بفلوس نافقة اه قلت لكن

(وحد الكساد أن تترك المعاملة بها فى جميع البلاد) فلو راجت فى بعضها لم يبطل بل يتخير البائع لتعيبها (و) حد (الانقطاع عدم وجوده فى السوق وان وجد فى أيدى الصيارفة) و (فى البيوت) كذا ذكره العينى وابن الملك بالعطف خلافا لما فى نسخ المصنف وقد عزاه للهداية ولم أره فيها والله أعلم وفى البزازية لو راجت قبل فسخ البائع البيع عاد جائزا لعدم انفساخ العقد بلا فسخ وعليه فقول المصنف بطل البيع أى ثبت للبائع ولاية فسخه والله الموفق (و) قيد بالكساد لانه (لو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله) اجماعا ولا يتخير البائع (و) عكسه (لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشترى ويطالب بنقد ذلك العيار الذى كان) وقع (وقت البيع) فتح وقيد بقوله قبل التسليم لانه (لو باع دلال) وكذا فضولى (متاع الغير بغير اذنه بدراهم معلومة واستوفاها فكسدت قبل دفعها الى رب المتاع لا يفسد البيع) لان حق القبض له عينى وغيره (وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم تعين) كالدراهم (وبالكاسدة لا حتى يعينها) كسلع (ويجب) على المستقرض (رد) مثل (أفلس القرض اذا كسدت)

٢ قوله فزاد قوله أو فضولى هكذا بخطه والاولى أن يقول فزاد قوله وكذا فضولى لانه الموجود فى نسخ الشارح وليناسب صدر القولة اه مصححه

وأوجب محمد قيمتها يوم الكساد وعليه الفتوى بزازية وفي النهر وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في اختيار قولهما (اشترى شيأ (بنصف درهم) مثلا (فلوس صح) بلا بيان عددها للعلم به (وعليه فلوس تباع بنصف درهم وكذا بثلث درهم أو ربعه وكذا لو اشترى بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس جاز) عند الثاني وهو الاصح للعرف كافي (ومن أعطى صيرفيا درهما) كبيرا (فقال أعطني به نصف درهم فلوسا) بالنصب صفة نصف (ونصفا) من الفضة صغيرا (الاحبة صح) ويكون النصف الاحبة بمثله وما بقي بالفلوس ولو كرر لفظ نصف بطل في الكل للزوم الربا (و) بما تقرر ظهر أن (الاموال ثلاثة) الاول (ثمن بكل حال وهو النقدان) صحبته الباء اولا قوبل بجنسه أولا (و) الثاني (مبيع بكل حال كالثياب والدواب و) الثالث (ثمن من وجه مبيع من وجه كالمثليات) فان اتصل بها الباء فثمن

مطلب
في بيان ما يكون مبيعا وما يكون ثمنا

قدمنا قريبا أن الفتوى على قول أبي يوسف ثانيا ان عليه قيمتها من الدراهم فلا فرق بين الكساد والرخص والغلاء عنده (قوله وأوجب محمد قيمتها يوم الكساد) وعند أبي يوسف يوم القبض ووجه قول الامام كما في الهداية أن القرض اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه ولهما في وجوب القيمة انه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع اه وفي الشرنبلالية عن شرح المجمع محل الخلاف فيما اذا هلكت ثم كسدت أما لو كانت باقية عنده فانه يرد عينها اتفاقا اه ومثله في الكفاية قلت ومفاد التعليل المذكور يخالفه فتأمل (قوله وعليه الفتوى بزازية) وكذا في الخانية والفتاوى الصغرى رفقا بالناس بحر وفي الفتح وقولهما انظر للمقرض من قوله لان في رد المثل اضرارا به وقول أبي يوسف أنظر له أيضا من قول محمد لان قيمته يوم القرض أكثر منها يوم الانقطاع وقول محمد انظر للمستقرض وقول أبي يوسف أيسر لان القيمة يوم القبض معلومة لا يختلف فيها ويوم الانقطاع يعسر ضبطه فكان قول أبي يوسف ايسر في ذلك اه ومثله في الكفاية (قوله وفي النهر الخ) أصله لصاحب الفتح (قوله في اختيار قولهما) أي بوجوب القيمة (قوله اشترى بنصف درهم فلوس) الظاهر أنه يجوز في درهم عدم التنوين مضافا الى فلوس على معنى من كاضافة خاتم حديد والتنوين مع رفع فلوس على انه خبر مبتدا محذوف أي هو فلوس ويدل عليه قوله بعده أو بدرهمين فلوس فانه لو كان مضافا وجب حذف نون التثنية أو جر فلوس على انه بدل أو عطف بيان ويجوز نصبه على التمييز (قوله مثلا) الاولى حذفه للاستغناء عنه بقول المصنف بعد وكذا بثلث درهم أو ربعه وان كان راجعا الى قوله درهم فهو مستغنى عنه بقوله وكذا لو اشترى بدرهم فلوس الخ ط قلت ولعله أشار الى أن لفظ دينار كذلك (قوله للعلم به الخ) جواب عن قول زفر انه لا يصح لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدرهم والدانق لانه موزون فذكره لا يغني عن العد فبقي الثمن مجهولا والجواب انه لما ذكر الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن علم أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم فأغنى عن ذكر العدد فلم تلزم جهالة الثمن كما أوضحه في الفتح (قوله جاز عند الثاني الخ) قال في البحر قيد بما دون الدرهم لانه لو اشترى بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس لا يجوز عند محمد لعدم العرف وجوزه أبو يوسف في الكل للعرف وهو الاصح كذا في الكافي والمجتبى اه فافهم (قوله بالنصب صفة نصف) تبع في ذلك النهر وفيه أن فلوسا اسم جامد غير مؤول فالمناسب انه تمييز للعدد أو عطف بيان (قوله من الفضة صغيرا) الاولى أن يقول كما في النهاية وغيرها أي درهما صغيرا يساوي نصفا الا حبة وبه تظهر المقابلة لقوله كبيرا وعبارة الدرر أي ما ضرب من الفضة على وزن نصف درهم اه قلت والاولى أن يقول على وزن نصف درهم الا حبة لان العادة أن ما يضرب من أنصاف الدرهم أو أرباعه نقص مجموعها عن الدرهم الكامل (قوله بمثله) أي مبيعا بمثله من الدرهم الكبير (قوله ولو كرر لفظ نصف) بأن قال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة فعندهما جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي من النصف الآخر لانه ربا وعلى قياس قول الامام بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي مقارن للعقد ولو كرر لفظ الاعطاء بأن قال وأعطني بنصفه نصفا الا حبة اختص الفساد بالنصف الآخر اتفاقا لانهما بيعان لتعدد الصفقة وهذا هو المختار وتمامه في الفتح والحاصل انه في صورة المتن صح البيع اتفاقا وفي صورة الشرح فسد في الكل عنده وفي الفضة فقط عندهما وفي الاخيرة جاز في الفلوس فقط كما في البحر قال ولم يذكر المصنف القبض قبل الافتراق للعلم به مما قدمه وحاصله ان تفرقا قبل القبض فسد في النصف الا حبة لكونه صرفا لا في الفلوس لانها بيع فيكفي قبض احد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا بطل في الكل للافتراق عن دين بدين اه (قوله وبما تقرر) أي من أول البيوع الى هنا ط (قوله مبيع بكل حال) أي قوبل بجنسه أولا دخلت عليه الباء أولا وقد يقال في بيع المقايضة كل من السلعتين مبيع من وجه وثمن من وجه ط قلت المراد بالثمن هنا ما يثبت دينا في الذمة وهذا ليس كذلك (قوله كالمثليات) أي غير النقدين وهي المكيل والموزون والعددي المتقارب (قوله فان اتصل بها الباء فثمن) هذا اذا كانت غير متعينة ولم تقابل بأحد النقدين كبعتك هذا العبد بكر حنطة أما لو كانت متعينة وقوبلت بنقد فهي مبيعة كما في درر البحار أول البيوع وفي الشرنبلالية في فصل التصرف في المبيع معزيا للفتح لو قوبلت بالاعيان وهي معينة فثمن اه أي كبعتك هذا العبد بهذا الكر أو هذا الكر بهذا العبد لانه لم يقيده بدخول الباء عليها

وفي الفتح هنا وان لم تعين أي المثليات فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن وان لم يصحبها حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت في الذمة دينا عند المقابلة اه فالاول كما مثلنا والثاني كقولك اشتريت منك كر حنطة بهذا العبد فيكون الكر مبيعا ويشترط له شرائط السلم (قوله والا فمبيع) أي وان لم يصحبها الباء فهي مبيع وهذا اذا لم يقابلها ثمن وهي غير متعينة كما علمته من كلام الفتح وتكون سلما كما قلنا وكذا لو قابلها ثمن بالاولى كاشتريت منك كر حنطة بمائة درهم وكذا لو كانت متعينة وقوبلت بثمن كما علمته من عبارة درر البحار والحاصل أن المثليات تكون ثمنا اذا دخلتها الباء ولم تقابل بثمن أي بأحد النقدين سواء تعينت أولا وكذا اذا لم تدخلها الباء ولم تقابل بثمن وتعينت وتكون مبيعا اذا قوبلت بثمن مطلقا أي سواء دخلتها الباء أولا تعينت أولا وكذا اذا لم تقابل بثمن ولم يصحبها الباء ولم تعين كبعتك كر حنطة بهذا العبد كما علم من عبارة الفتح الثانية (قوله وأما الفلوس الرائجة) يستفاد من الحصر أنها قسم رابع حيث قال وثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل كالفلوس فان كانت رائجة فهي ثمن والا فسلعة اه ط (قوله ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم) الاولى أن يقول ويصح التصرف به قبل قبضه في غير الصرف والسلم لان الاستبدال يصح في بدل الصرف لانه لا يتعين بالتعيين فلو باع دراهم بدينار جاز أن يمسكها ما أشار اليه في العقد ويؤدي بدله قبل الافتراق بخلاف التصرف به ببيع ونحوه قبل قبضه كما مر في بابه وأوضحنا ذلك في باب السلم فراجعه قال في الشرنبلالية في باب التصرف في المبيع قوله جاز التصرف في الثمن قبل قبضه يستثنى منه بدل الصرف والسلم لان للمقبوض من رأس مال السلم حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل قبضه لا يجوز وكذا في الصرف ويصح التصرف في القرض قبل قبضه على الصحيح والمراد بالتصرف نحو البيع والهبة والاجارة والوصية وسائر الديون كالثمن اه (قوله وهكذا) أي وتقول هكذا في عكس باقي الاحكام المذكورة في الثمن بأن تقول ويبطل البيع بهلاكه ولا يصح الاستبدال به (قوله ومن حكمهما) أي حكم الثمن والمبيع (قوله كما تقرر) أي في باب الربا (قوله تذنيب) شبه هذه المسائل التي ذكرها في آخر كتاب البيوع بذنب الحيوان المتصل بعجزه وجعل ذكرها في آخره بمنزلة تعليق الذنب في عجز الحيوان وفيه استعارة لا تخفى (قوله في بيع العينة) اختلف المشايخ في تفسير العينة التي ورد النهي عنها قال بعضهم تفسيرها أن يأتي الرجل المحتاج الى آخر ويستقرضه عشرة دراهم ولا يرغب المقرض في الاقراض طمعا في فضل لا يناله بالقرض فيقول لا أقرضك ولكن أبيعك هذا الثوب ان شئت باثني عشر درهما وقيمته في السوق عشرة ليبيعه في السوق بعشرة فيرضى به المستقرض فيبيعه كذلك فيحصل لرب الثوب درهمان وللمشتري قرض عشرة وقال بعضهم هي أن يدخلا بينهما ثالثا فيبيع المقرض ثوبه من المستقرض باثني عشر درهما ويسلمه اليه ثم يبيعه المستقرض من الثالث بعشرة ويسلمه اليه ثم يبيعه الثالث من صاحبه وهو المقرض بعشرة ويسلمه اليه ويأخذ منه العشرة ويدفعها للمستقرض فيحصل للمستقرض عشرة ولصاحب الثوب عليه اثنا عشر درهما كذا في المحيط وعن أبي يوسف العينة جائزة مأجور من عمل بها كذا في مختار الفتاوى هندية وقال محمد هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا وقال عليه الصلاة والسلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم قال في الفتح ولا كراهة فيه الا خلاف الاولى لما فيه من الاعراض عن مبرة القرض اه ط ملخصا (قوله ويأتي متنا في الكفالة) وانما نبه على ذكره هنا لانه من أقسام البيوعات ونبه على أن بيانه سيأتي في الكفالة (قوله وبيع التلجئة) هي ما الجئ اليه الانسان بغير اختياره وذلك أن يخاف الرجل السلطان فيقول لآخر اني أظهر اني بعت داري منك وليس ببيع في الحقيقة وانما هو تلجئة ويشهد على ذلك مغرب (قوله بل كالهزل) أي في حق الاحكام والهزل كما في المنار هو أن يراد بالشئ ما لم يوضع له ولا ما يصلح اللفظ له استعارة وهو ضد الجد وهو أن يراد ما وضع له أو ما صلح له وانه ينافي اختيار الحكم والرضى به ولا ينافي الرضى بالمباشرة واختيار المباشرة فصار بمعنى خيار الشرط في البيع وشرطه أن يكون صريحا مشروطا باللسان اي بأن يقول اني أبيع هازلا الا أنه لا يشترط ذكره في العقد بخلاف خيار الشرط اه فالهزل أعم من التلجئة لانه يجوز أن لا يكون مضطرا اليه وأن يكون سابقا ومقارنا والتلجئة انما تكون عن اضطرار ولا تكون مقارنة كذا قيل والاظهر أنهما سواء في الاصطلاح كما قال فخر الاسلام التلجئة هي الهزل كذا في جامع الاسرار

قوله أي وان لم يصحبها الخ الانسب بكلام الشارح أن يقول أي وان لم يتصل بها الخ اه مصححه

والا فمبيع وأما الفلوس فان رائجة فكثمن والا فكسلع (و) الثمن [٢] (من حكمه عدم اشتراط وجوده في ملك العاقد عند العقد وعدم بطلانه) أي العقد (بهلاكه) أي الثمن (ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم) لانهما (وحكم المبيع خلافه) أي الثمن (في الكل) فيشترط وجود المبيع في ملكه وهكذا ومن حكمهما وجوب التساوي عند المقابلة بالجنس في المقدرات كما تقرر (تذنيب) في بيع العينة ويأتي متنا في الكفالة وبيع التلجئة ويأتي متنا في الاقرار [٣] وهو أن يظهرا عقدا وهما لا يريدانه يلجأ اليه لخوف عدو وهو ليس ببيع في الحقيقة بل كالهزل كما بسطته في آخر شرحي على المنار

[٢] قوله وأما الفلوس الرائجة هكذا بخطه والذي في عدة من نسخ الشارح وأما الفلوس فان رائجة الخ وليحرر اه مصححه

[٣] مطلب في بيع العينة

[٤] مطلب في بيع التلجئة

على المنار للكاكى ثم اعلم أن التلجئة تكون فى الانشاء وفى الاخبار كالاقرار وفى الاعتقاد كالردة والاول قسمان ما يحتمل الفسخ ومالا كالطلاق والعتاق وقد بسط ذلك كله فى المنار والغرض الآن بيان الانشاء المحتمل للفسخ كالبيع وهو ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون الهزل فى اصل العقد أو فى قدر الثمن او جنسه قال فى المنار فان تواضعا على الهزل بأصل البيع واتفقا على البناء اى بناء العقد على المواضعة يفسد البيع لعدم الرضى بالحكم فصار كالبيع بشرط الخيار المؤبد أى فلا يملك بالقبض وان اتفقا على الاعراض اى بأن قالا بعد البيع قد أعرضنا وقت البيع عن الهزل الى الجد فالبيع صحيح والهزل باطل وان اتفقا على انه لم يحضرهما شئ عند البيع من البناء والاعراض أو اختلفا فى البناء على المواضعة والاعراض عنها فالعقد صحيح عنده فى الحالين خلافا لهما فجعل صحة الايجاب اولى لانها الاصل وهما اعتبرا المواضعة الا أن يوجد ما يناقضها اى كما اذا اتفقا على البناء وان كان ذلك اى المواضعة فى القدر أى بأن اتفقا على الجد فى العقد بألف لكنهما تواضعا على البيع بألفين على أن أحدهما هزل فان اتفقا على الاعراض عن المواضعة كان الثمن ألفين لبطلان الهزل باعراضهما وان اتفقا على انه لم يحضرهما شئ من البناء والمواضعة أو اختلفا فالهزل باطل والتسمية للالفين صحيحة عنده وعندهما العمل بالمواضعة واجب والالف الذى هزلا به باطل لما مر أن الاصل عنده الجد وعندهما المواضعة وان اتفقا على البناء على المواضعة فالثمن ألفان عنده وان كان ذلك الهزل فى الجنس اى جنس الثمن بأن تواضعا على مائة دينار وانما الثمن مائة درهم او بالعكس فالبيع جائز بالمسمى فى العقد على كل حال بالاتفاق اى سواء اتفقا على البناء او على الاعراض او على عدم حضور شئ منهما او اختلفا فيهما اهـ موضحا من شرح الشارح عليه ومن حواشينا على شرحه المسماة بنسمات الاسحار على افاضة الانوار وتمام بيان ذلك مبسوط فيها (قوله أن الاقسام ثمانية وسبعون) قال فى التلويح لان المتعاقدين اما أن يتفقا او يختلفا فان اتفقا فالاتفاق اما على اعراضهما واما على بنائهما واما على ذهولهما واما على بناء أحدهما واعراض الآخر أو ذهوله واما على اعراض أحدهما وذهول الآخر فصور الاتفاق ستة وان اختلفا فدعوى احد المتعاقدين تكون اما اعراضهما واما بناءهما واما ذهولهما واما بناءه مع اعراض الآخر أو ذهوله واما اعراضه مع بناء الآخر أو ذهوله واما ذهوله مع بناء الآخر أو اعراضه تصير تسعة وعلى كل تقدير من التقادير التسعة يكون اختلاف الخصم بأن يدعى احدى الصور الثمانية الباقية فتصير أقسام الاختلاف اثنين وسبعين من ضرب التسعة فى الثمانية اهـ وهى مع الست صور الاتفاق ثمانية وسبعون قلت وقد أوصلتها فى حاشيتى على شرح المنار للشارح الى سبعمائة وثمانين ولم أر من اوصلها الى ذلك فراجعها هنالك والمخصى بدعالك (قوله ملخصه أنه بيع منعقد غير لازم) لم يصرح فى الخانية بذلك وانما ذكر أن التلجئة على ثلاثة اوجه كما قدمناه ثم قال فى الاول وهو ما اذا كانت فى نفس العقد لو تصادقا على المواضعة فالبيع باطل وعنه فى رواية أنه جائز ولو تصادقا أن البيع كان تلجئة ثم أجازاه صحت الاجازة كما لو تبايعا هزلا ثم جعلاه جدا يصير جدا وان أجاز أحدهما لا يصح وفى بيع التلجئة اذا قبض المشترى العبد المشترى واعتقه لا يجوز اعتاقه وليس هذا كبيع المكره لان بيع التلجئة هزل وذكر فى الاصل أن بيع الهازل باطل أما بيع المكره ففاسد اهـ ملخصا ولعل الشارح فهم انه منعقد غير لازم من قوله ثم أجازاه صحت الاجازة لكن ينافيه التصريح بأنه باطل فان اريد بالباطل الفاسد نافاه التصريح بأنه اذا قبض العبد لا يصح اعتاقه اى لانه لا يملك بالقبض كما مر مع أن الفاسد يملك به وقد يقال ان صحة الاجازة مبنية على أنها تكون بيعا جديدا فلا تنافى كونه باطلا وحينئذ فلا يصح قوله انه بيع منعقد غير لازم الا أن يجاب بأن قوله باطل بمعنى أنه قابل للبطلان عند عدم الاجازة والاحسن ما اجبنا به فى اول البيوع من أنه فاسد كما صرح به الاصوليون لان الباطل ما ليس منعقدا أصلا وهذا منعقد بأصله لانه مبادلة مال بمال دون وصفه لعدم الرضى بحكمه كالبيع بشرط الخيار أبدا ولذا لم يملك بالقبض وليس كل فاسد يملك بالقبض كما لو اشترى الاب شيأ من ماله لطفله أو باعه له كذلك فاسدا لا يملكه بالقبض حتى يستعمله كما فى المحيط وقدمنا هنالك تمام الكلام على ذلك والله تعالى هو الموفق للصواب (قوله ولو ادعى أحدهما الخ) هذا أيضا مذكور فى الخانية سوى قوله ولو لم تحضرهما نية الخ (قوله فالقول لمدعى الجد) لانه الاصل (قوله ولو برهن أحدهما قبل) الاظهر قول الخانية ولو برهن مدعى التلجئة قبل لان مدعى الجد لا يحتاج الى برهان كما علمت لان البرهان يثبت خلاف الظاهر (قوله فالتلجئة)

ونقلت عن التلويح أن الاقسام ثمانية وسبعون وعقد له قاضى خان فصلا آخر الاكراه ملخصه انه بيع منعقد غير لازم كالبيع بالخيار وجعله الباقانى فاسدا ولو ادعى أحدهما بيع التلجئة وانكر الآخر فالقول لمدعى الجد بيمينه ولو برهن احدهما قبل ولو برهنا فالتلجئة ولو تبايعا فى العلانية ان اعترفا ببنائه على التلجئة

اى لانها خلاف الظاهر (قوله فالبيع باطل) اى فاسد كما علمت فان نقضه أحدهما انتقض لا ان أجازه اى بل يتوقف على اجازتهما جميعا لانه كخيار الشرط لهما وان أجازاه جاز بقيد كونها فى ثلاثة ايام عنده ومطلقا عندهما كذا فى التحرير (قوله والا) بأن اتفقا بعد البيع على أنهما أعرضا وقته عن المواضعة (قوله ولو لم تحضرهما نية فباطل الخ) مثله فى المؤيدية عن الغنية حيث قال وان تصادقا على أنهما لم تحضرهما نية عند العقد ففى ظاهر الجواب البيع باطل وروى المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أن البيع صحيح اه والاول قولهما كما مر عن المنار ورجحه أيضا المحقق ابن الهمام فى التحرير وأقره تلميذه ابن أمير حاج فى شرحه وجعل المحقق مثله ما اذا اختلفا فى الاعراض والبناء اى بأن قال أحدهما بنينا العقد على المواضعة وقال الآخر على الجد فلا يصح أيضا عندهما ثم قال ولو قال أحدهما اعرضت والآخر لم يحضرنى شئ اوبنى أحدهما وقال الآخر لم يحضرنى شئ فعلى اصله عدم الحضور كالاعراض اى فيصح وعلى اصلهما كالبناء اى فلا يصح (قوله ومفاده الخ) اى مفاد قوله والا فلازم لكن انما يتم هذا المفاد اذا قصدا اخلاء العقد عن شرط الوفاء أما لو لم تحضرهما نية فقد علمت انه باطل وهذا المفاد صرح به فى جامع الفصولين حيث قال لو شرطا التلجئة فى البيع فسد البيع ولو تواضعا قبل البيع ثم تبايعا بلا ذكر شرط فيه جاز البيع عند أبى حنيفة الا اذا تصادقا انهما تبايعا على تلك المواضعة وكذا لو تواضعا الوفاء قبل البيع ثم عقدا بلا شرط الوفاء فالعقد جائز ولا عبرة للمواضعة السابقة اه وفى البزازية وان شرطا الوفاء ثم عقدا مطلقا ان لم يقرا بالبناء على الاول فالعقد جائز ولا عبرة بالسابق كما فى التلجئة عند الامام وقوله فالعقد جائز أى بناء على قول أبى حنيفة المذكور ولا يخفى أن الشارح مشى على خلافه وعليه فالمناسب أن يقول فالعقد غير جائز (قوله ذكرته هنا تبعا للدرر) وذكره فى البحر فى باب خيار الشرط وذكر فيه ثمانية اقوال وعقد له فى جامع الفصولين فصلا مستقلا هو الفصل الثامن عشر وذكره فى البزازية فى الباب الرابع فى البيع الفاسد وذكر فيه تسعة اقوال وكتب عليه اكثر من نصف كراسة ووجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهدا بالوفاء من المشترى بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن وبعض الفقهاء يسميه البيع الجائز ولعله مبنى على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ للمشترى اكل ريعه وبعضهم يسميه بيع المعاملة ووجهه أن المعاملة ربح الدين وهذا يشتريه الدائن لينتفع به بمقابلة دينه (قوله صورته الخ) كذا فى العناية وفى الكفاية عن المحيط هو أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بمالك على من الدين على انى متى قضيته فهو لى اه وفى حاشية الفصولين عن جواهر الفتاوى هو أن يقول بعت منك على أن تبيعه منى متى جئت بالثمن فهذا البيع باطل وهو رهن وحكمه حكم الرهن وهو الصحيح اه فعلم أنه لا فرق بين قوله على أن ترده على أو على أن تبيعه منى (قوله بيع الامانة) ووجهه أنه أمانة عند المشترى بناء على أنه رهن اى كالامانة (قوله بيع الاطاعة) كذا فى عامة النسخ وفى بعضها بيع الطاعة وهو المشهور الآن فى بلادنا وفى المصباح أطاعه اطاعة اى انقاد له وطاعه طوعا من باب قال لغة وانطاع له انقاد قالوا ولا تكون الطاعة الا عن امر كما أن الجواب لا يكون الا عن قول يقال أمره فأطاع اه ووجهه حينئذ أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلا بالدين فيطيعه فصار معناه بيع الانقياد (قوله قيل هو رهن) قدمنا آنفا عن جواهر الفتاوى أنه الصحيح قال فى الخيرية والذى عليه الاكثر أنه رهن لا يفترق عن الرهن فى حكم من الاحكام قال السيد الامام قلت للامام الحسن الماتريدى قد فشا هذا البيع بين الناس وفيه مفسدة عظيمة وفتواك انه رهن وأنا أيضا على ذلك فالصواب أن نجمع الائمة ونتفق على هذا ونظهره بين الناس فقال المعتبر اليوم فتوانا وقد ظهر ذلك بين الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله اه قلت وبه صدر فى جامع الفصولين فقال رامزا لفتاوى النسفى البيع الذى تعارفه اهل زماننا احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن فى الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره وأتلف من شجره ويسقط الدين بهلاكه لو بقى ولا يضمن الزيادة وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن فى حكم من الاحكام اه ثم نقل ما مر عن السيد الامام وفى جامع الفصولين ولو بيع كرم بجنب هذا الكرم فالشفعة للبائع لا للمشترى لان بيع المعاملة وبيع التلجئة حكمهما حكم الرهن وللراهن حق الشفعة وان كان فى يد المرتهن اه (قوله وقيل بيع يفيد الانتفاع به) هذا محتمل لاحد قولين الاول انه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل

مطلب في بيع الوفاء

فالبيع باطل لاتفاقهما انهما هزلا به والا فلازم ولو لم تحضرهما نية فباطل على الظاهر منية قلت ومفاده انهما لو تواضعا على الوفاء قبل العقد ثم عقدا خاليا عن شرط الوفاء فالعقد جائز ولا عبرة للمواضعة وبيع الوفاء ذكرته هنا تبعا للدرر صورته أن يبيعه العين بألف على انه اذا رد عليه الثمن رد عليه العين وسماه الشافعية بالرهن المعاد ويسمى بمصر بيع الامانة وبالشام بيع الاطاعة قيل هو رهن فتضمن زوائده وقيل بيع يفيد الانتفاع به

الانتفاع به الا انه لا يملك بيعه قال الزيلعى فى الاكراه وعليه الفتوى الثانى القول الجامع لبعض المحققين انه فاسد فى حق بعض الاحكام حتى ملك كل منهما الفسخ صحيح فى حق بعض الاحكام كحل الانزال ومنافع المبيع ورهن فى حق البعض حتى لم يملك المشترى بيعه من آخر ولا رهنه وسقط الدين بهلاكه فهو مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والنمر جوز لحاجة الناس اليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما قال فى البحر وينبغى أن لا يعدل فى الافتاء عن القول الجامع وفى النهر والعمل فى ديارنا على ما رجحه الزيلعى (قوله لم يكن رهنا) لان كلا منهما عقد مستقل شرعا لكل منهما أحكام مستقلة اه درر ط (قوله ثم ان ذكرا الفسخ فيه) أى شرطاه فيه وبه عبر فى الدرر ط وكذا فى البزازية (قوله أو قبله) الذى فى الدرر بدل هذا أو تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء اه ط ومثله فى البزازية (قوله جاز) مقتضاه انه بيع صحيح بقرينة مقابلته لقوله كان بيعا فاسدا والظاهر أنه مبنى على قولهما بأن ذكر الشرط الفاسد بعد العقد لا يفسد العقد فلا ينافى ما بعده عن الظهيرية (قوله ولزم الوفاء به) ظاهره انه لا يلزم الورثة بعد موته كما أفتى به ابن الشلبى معللا بانقطاع حكم الشرط بموته لانه بيع فيه اقالة وشرطها بقاء المتعاقدين ولانه بمنزلة خيار الشرط وهو لا يورث اه قلت وهذا ظاهر على هذا القول بانه بيع صحيح لا يفسده الشرط اللاحق فلا ينافى ما يأتى عن الشرنبلالية هذا وفى الخيرية فيما لو أطلق البيع ولم يذكر الوفاء الا انه عهد الى البائع انه ان أوفى مثل الثمن يفسخ البيع معه أجاب هذه المسألة اختلف فيها مشايخنا على أقوال ونص فى الحاوى الزاهدى أن الفتوى فى ذلك أن البيع اذا أطلق ولم يذكر فيه الوفاء الا أن المشترى عهد الى البائع انه ان أوفى مثل ثمنه فانه يفسخ معه البيع يكون باتا حيث كان الثمن ثمن المثل أو بغبن يسير اه وبه أفتى فى الحامدية أيضا فلو كان بغبن فاحش مع علم البائع به فهو رهن وكذا لو وضع المشترى على أصل المال ربحا أما لو كان بمثل الثمن أو بغبن يسير بلا وضع ربح فبات لانا انما نجعله رهنا بظاهر حاله انه لا يقصد البات عالما بالغبن أو مع وضع الربح أفاده فى البزازية وذكر أنه مختار أئمة خوارزم وذكر فى موضع آخر أنه لو آجره من البائع قال صاحب الهداية الاقدام على الاجارة بعد البيع دل على انهما قصدا بالبيع الرهن لا البيع فلا يحل للمشترى الانتفاع به اه واعترضه فى نور العين بأن دلالة ذلك على قصد حقيقة البيع أظهر قلت وفيه نظر فان العادة الفاشية قاضية بقصد الوفاء كما فى وضع الربح على الثمن ولا سيما اذا كانت الاجارة من البائع مع الربح أو نقص الثمن (قوله لان المواعيد قد تكون لازمة) قال فى البزازية فى أول كتاب الكفالة اذا كفل معلقا بأن قال ان لم يؤد فلان فأنا أدفعه اليك ونحوه يكون كفالة لما علم أن المواعيد باكتساء صور التعليق تكون لازمة فان قوله أنا أحج لا يلزم به شئ ولو علق وقال ان دخلت الدار فأنا أحج يلزم الحج (قوله بزيادة وفى الظهيرية الخ) يعنى أن ابن ملك أقره أيضا وزاد عليه قوله وفى الظهيرية الخ أى مقترنا بهذه الزيادة فلفظ زيادة مصدر وما بعده جملة أريد بها لفظها فى محل نصب مفعول المصدر (قوله يلتحق بالعقد عند أبى حنيفة) أى فيصير بيع الوفاء كأنه شرط فى العقد فيأتى فيه الخلاف انه رهن أو بيع فاسد أو بيع صحيح فى بعض الاحكام وقدمنا فى البيع الفاسد ترجيح قولهما بعدم التحاق الشرط المتأخر عن العقد به (قوله ولم يذكر انه فى مجلس العقد أو بعده) أى فيفهم انه لا يشترط له المجلس وفى جامع الفصولين اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا يشترط اه ومثله فى البزازية (قوله ولو باعه) أى البائع وقوله توقف الخ أى على القول بأنه رهن وهل يتوقف على بقية الاقوال المارة محل تردد (قوله فللبائع أو ورثته حق الاسترداد) أى على القول بأنه رهن وكذا على القولين القائلين بأنه بيع يفيد الانتفاع به فانه لا يملك بيعه كما قدمناه (قوله وأفاد فى الشرنبلالية الخ) ذكره بحثا وقوله نظرا لجانب الرهن يفيد أنه لا يخالف ما قدمناه عن ابن الشلبى فافهم وهذا البحث مصرح به فى البزازية حيث قال فى القول الاول انه رهن حقيقة باع كرمه وفاء من آخر وباعه المشترى بعد قبضه من آخر باتا وسلمه وغاب فللبائع الاول استرداده من الثانى لان حق الحبس وان كان للمرتهن لكن يد الثانى مبطلة فللمالك أخذ ملكه من المبطل فاذا حضر المرتهن اعاد يده فيه حتى يأخذ دينه وكذا اذا مات البائع والمشترى الاول والثانى فلورثة البائع الاول الاخذ من ورثة المشترى الثانى ولورثة المرتهن اعادة يدهم الى قبض دينه اه (قوله لا يلزمه الاجر الخ) أفتى به فى الحامدية تبعا للخيرية فانه قال فى الخيرية ولا تصح الاجارة المذكورة

وفى اقالة شرح المجمع عن النهاية وعليه الفتوى وقيل ان بلفظ البيع لم يكن رهنا ثم ان ذكرا الفسخ فيه أو قبله أو زعماه غير لازم كان بيعا فاسدا ولو بعده على وجه الميعاد جاز ولزم الوفاء به لان المواعيد قد تكون لازمة لحاجة الناس وهو الصحيح كما فى الكافى والخانية وأقره خسرو هنا والمصنف فى باب الاكراه وابن الملك فى باب الاقالة بزيادة وفى الظهيرية لو ذكر الشرط بعد العقد يلتحق بالعقد عند أبى حنيفة ولم يذكر أنه فى مجلس العقد أو بعده وفى البزازية ولو باعه لآخر باتا توقف على اجازة مشتريه وفاء ولو باعه المشترى فللبائع أو ورثته حق الاسترداد وأفاد فى الشرنبلالية أن ورثة كل من البائع والمشترى تقوم مقام مورثها نظرا لجانب الرهن فليحفظ ولو استأجره بائعه لا يلزمه الاجر لانه رهن حكما حتى لا يحل الانتفاع به

باع داره وفاء ثم استأجرها

ولا تجب فيها الاجرة على المفتى به سواء كانت بعد قبض المشترى الدار أم قبله قال فى النهاية سئل القاضى الامام الحسن الماتريدى عمن باع داره من آخر بثمن معلوم بيع الوفاء وتقابضا ثم استأجرها من المشترى مع شرائط صحة الاجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزمه الاجر فقال لا لانه عندنا رهن والراهن اذا استأجر الرهن من المرتهن لا يجب الاجر اه وفى البزازية فان آجر المبيع وفاء من البائع فمن جعله فاسدا قال لا تصح الاجارة ولا يجب شئ ومن جعله رهنا كذلك ومن أجازه جوّز الاجارة من البائع وغيره وأوجب الاجرة وان آجره من البائع قبل القبض أجاب صاحب الهداية انه لا يصح واستدل بما لو آجر عبدا اشتراه قبل قبضه انه لا تجب الاجرة وهذا فى البات فما ظنك بالجائز اه فعلم به أن الاجارة قبل التقابض لا تصح على قول من الاقوال الثلاثة اه ما فى الخيرية وفيها أيضا وأما اذا آجره المشترى وفاء باذن البائع فهو كاذن الراهن للمرتهن بذلك وحكمه أن الاجرة للراهن وان كان بغير اذنه يتصدق بها أو يردها على الراهن المذكور وهو أولى صرح به علماؤنا اه قلت واذا آجره باذنه يبطل الرهن كما ذكره فى حاشيته على الفصولين (قوله ولو للبناء وحده) أى ولو كان البيع وفاء للبناء وحده كالقائم فى الارض المحتكرة (قوله فهى صحيحة) أى بناء على القول بجواز البيع كما علمت فانه يملك الانتفاع به وقد علمت ترجيح القول بأنه رهن وأنه لا تصح اجارته من البائع (قوله لازمة للبائع) اللام بمعنى على أى على البائع أو للتقوية لكون العامل اسم فاعل فهى زائدة (قوله وعليه) أى على القول بصحة الاجارة (قوله بلزوم أجر المثل) هذا مشكل فان من آجر ملكه مدة ثم انقضت وبقى المستأجر ساكنا لا يلزمه أجرة الا اذا طالبه المالك بالاجرة فاذا سكن بعد المطالبة يكون قبولا للاستئجار كما ذكروه فى محله وهذا فى الملك الحقيقى فما ظنك فى المبيع وفاء مع كون المستأجر هو البائع ثم قالوا بلزوم الاجرة فى الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال ولعل ما ذكره مبنى على انه صار معدا للاستغلال بذلك الايجار كما يشير اليه قوله ويسمونه بيع الاستغلال وفيه نظر فليتأمل وعلى كل فهذا مبنى على خلاف الراجح كما علمت (قوله واختلف فى المنقول) قال فى البزازية بعد كلام ولهذا لم يصح بيع الوفاء فى المنقول وصح فى العقار باستحسان بعض المتأخرين ثم قال فى موضع آخر وفى النوازل جوّز الوفاء فى المنقول أيضا اه والظاهر أن الخلاف فيه على القول بجواز البيع كما يفيده قوله وصح فى العقار الخ أما على القول بأنه رهن فينبغى عدم الخلاف فى صحته (قوله القول لمدعى الجد والبتات) لانه الاصل فى العقود (قوله الا بقرينة) هى ما يأتى من نقصان الثمن كثيرا (قوله ان القول لمدعى الوفاء) فى جامع الفصولين برمز شيخ الاسلام برهان الدين ادعى البائع وفاء والمشترى باتا أو عكسا فالقول لمدعى البات وكنت أفتى فى الابتداء أن القول لمدعى الوفاء وله وجه حسن الا أن أئمة بخارى هكذا أجابوا فوافقتهم اه وفى حاشيته للرملى بعد كلام نقله عن الخانية وغيرها قال فظهر به وبقوله كنت أفتى الخ أن المعتمد فى المذهب أن القول لمدعى البات منهما وأن البينة بينة مدعى الوفاء منهما وقد ذكر المسألة فى جواهر الفتاوى وذكر فيها اختلافا كثيرا واختلاف تصحيح ولكن عليك بما فى الخانية فان قاضى خان من أهل التصحيح والترجيح اه وبهذا أفتى فى الخيرية أيضا قلت لكن قوله هنا استحسانا يقتضى ترجيح مدعى الوفاء فينبغى تقييده بقيام القرينة ثم راجعت عبارة الملتقط فرأيته ذكر الاستحسان فى مسألة الاختلاف فى البينة فانه قال فى الشهادات وان ادعى أحدهما بيعا باتا والآخر بيع الوفاء وأقاما البينة كانوا يفتون أن البات أولى ثم أفتوا أن بيع الوفاء أولى وهذا استحسان اه ولا يخفى أن كلام الشارح فى الاختلاف فى القول مع انه فى الملتقط قال فى البيوع ولو قال المشترى اشتريته باتا وقال البائع بعته بيع الوفاء فالقول قول من يدعى البتات وكان يفتى فيما مضى أن القول قول الآخر وهو القياس اه فتحصل من عبارتى الملتقط أن الاستحسان فى الاختلاف فى البينة ترجيح بينة الوفاء وفى الاختلاف فى القول ترجيح قول مدعى البتات وهذا الذى حرره الرملى فيما مر فتدبر وبه ظهر أن ما ذكره الشارح سبق قلم فافهم (قوله ولو قال البائع الخ) هذه العبارة بعينها ذكرها فى الملتقط عقب عبارته التى ذكرناها عنه فى البيوع وهى تفيد تقييد الاستحسان وهو كون القول لمدعى البتات بما اذا لم تقم القرينة على خلافه وهذا مؤيد لما بحثناه آنفا ولكن فى التعبير مساهلة فانه كان ينبغى أن يقول ولو قال المشترى اشتريت باتا الخ لانه هو الذى يدعى البتات عند نقصان الثمن كثيرا بخلاف البائع (قوله الا أن يدل على الوفاء بنقصان الثمن

تكملة وفى فتاوى ابن الجلبى ان صدرت الاجارة بعد قبض المشترى المبيع وفاء ولو للبناء وحده فهى صحيحة والاجرة لازمة للبائع طول مدة التواجر انتهى فتنبه قلت وعليه فلو مضت المدة وبقى فى يده فأفتى علماء الروم بلزوم أجر المثل ويسمونه بيع الاستغلال وفى الدرر صح بيع الوفاء فى العقار استحسانا واختلف فى المنقول وفى الملتقط والمنية اختلفا أن البيع بات أو وفاء جد أو هزل القول لمدعى الجد والبتات الا بقرينة الهزل والوفاء قلت لكنه ذكر فى الشهادات أن القول لمدعى الوفاء استحسانا كما سيجىء فليحفظ ولو قال البائع بعتك بيعا باتا فالقول له الا أن يدل على الوفاء بنقصان الثمن كثيرا

مطلب

قاضى خان من أهل التصحيح والترجيح

الاأن يدّعى صاحبه تغير السعر وفي الاشباه في أواخر قاعدة العادة محكمة عن المنية لودفع ٢٤٩ غزلا الى حائك لينسجه بالنصف جوزه
مشايخ بخارى للعرف ثم نقل في آخرها عن اجارة البزازية أن به أفتى مشايخ بلخ وخوارزم وأبو على النسفى أيضا قال والفتوى على جواب الكتاب للطحان لانه منصوص عليه فيلزم ابطال النص وفيها من البيع الفاسد القول السادس في بيع الوفاء انه صحيح لحاجة الناس فرارا من الربا وقالوا ماضاق على الناس أمر الااتسع حكمه ثم قال والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ولكن أفتى كثير باعتباره فأقول على اعتباره ينبغى أن يفتى بأن ما يقع في بعض الاسواق من خلو الحوانيت لازم ويصير الخلو في الحانوت حقاله فلا يملك صاحب الحانوت اخراجه منها ولا اجارتها لغيره ولو كانت وقفا وكذا أقول على اعتبار العرف الخاص قد تعارف الفقهاء النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها فينبغى الجواز وأنه لونزل له وقبض منه المبلغ ثم أراد الرجوع لايملك ذلك ولاحول ولاقوة الا بالله العلى العظيم قلت وأيده في زواهر الجواهر بما في واقعات الضريرى رجل في يده دكان فغاب فرفع المتولى أمره للقاضى فأمره القاضى بفتحه واجارته ففعل المتولى ذلك وحضر الغائب فهو أولى بدكانه وان كان له خلو فهو أولى بخلوه أيضا وله الخيار في ذلك فان شاء فسخ الاجارة وسكن في دكانه وان شاء أجازها ورجع بخلوه على المستأجر ويؤمر المستأجر بأداء ذلك ان رضى به والا يؤمر بالخروج من الدكان والله أعلم اهـ بلفظه

* (كتاب الكفالة) *

مناسبتها للبيع لكونها فيه غالبا ولكونها بالامر معاوضة انتهاء (هي) لغة الضم وحكى ابن القطاع كفلته وكفلت به وعنه وتثليث الفاء وشرعا (ضم ذمة) الكفيل (الى ذمة) الاصيل (في المطالبة مطلقا) بنفس أوبدين اوعين كمغصوب ونحوه

كثيرا) وهومالايتغابن فيه الناس جامع الفصولين قلت وينبغى أن يزاد هنا مامرّ في الوعد بالوفاء بعد البيع من أنه لووضع على المال ربما يكون ظاهرا في انه رهن وماقاله صاحب الهداية من أن الاقدام على الاجارة بعد البيع دل على انهما قصدا بالبيع الرهن لاالبيع (قوله الاأن يدّعى) اى مع البرهان (قوله وفي الاشباه الخ) المقصود من هذه العبارة بيان حكم العرف العام والخاص وأن العام معتبر مالم يخالف نصا وبه يعلم حكم بيع الوفاء وبيع الخلو لابتنائهما على العرف (قوله بالنصف) اى نصف ماينسجه اجرة على النسج (قوله ثم نقل) اى صاحب الاشباه (قوله والفتوى على جواب الكتاب) اى المبسوط للامام محمد وهو المسمى بالاصل لانه مذكور في صدر عبارة الاشباه أفاده ط (قوله للطحان) اى لمسألة قفيز الطحان وهى كما في البزازية أن يستأجر رجلا ليحمل له طعاما أويطحنه بقفيز منه فالاجارة فاسدة ويجب أجر المثل لايتجاوز به المسمى (قوله لانه منصوص) اى عدم الجواز منصوص عليه بالنهى عن قفيز الطحان ودفع الغزل الى حائك في معناه قال البيرى والحاصل أن المشايخ أرباب الاختيار اختلفوا في الافتاء في ذلك قال في العتابية قال ابو الليث النسج بالثلث والربع لايجوز عند علمائنا لكن مشايخ بلخ استحسنوه وأجازوه لتعامل الناس قال وبه نأخذ قال السيد الامام الشهيد لانأخذ باستحسان مشايخ بلخ وانما نأخذ بقول اصحابنا المتقدمين لان التعامل في بلد لايدل على الجواز مالم يكن على الاستمرار من الصدر الاول فيكون ذلك دليلا على تقرير النبى صلى الله عليه وسلم اياهم على ذلك فيكون شرعا منه فاذا لم يكن كذلك لايكون فعلهم حجة الا اذا كان كذلك من الناس كافة في البلدان كلها فيكون اجماعا والاجماع حجة ألاترى انهم لوتعاملوا على بيع الخمر والربا لايفتى بالحل اهـ (قوله وفيها) اى في البزازية وهو من كلام الاشباه (قوله فرارا من الربا) لان صاحب المال لايقرض الا بنفع والمستقرض محتاج فأجازوا ذلك لينتفع المقرض بالمبيع وتعارفه الناس لكنه مخالف للنهى عن بيع وشرط فلذا رجحوا كونه رهنا (قوله فأقول على اعتباره الخ) قدمنا الكلام على مسألة الخلو أول البيوع فراجعه (قوله وكذا أقول الخ) قدمنا أيضا هناك الكلام على هذه المسألة وذكرنا أيضا عن الحموى أن مانقله عن واقعات الضريرى ليس فيه لفظ الخلو وبسطنا الكلام هناك فراجعه فانه تكفل بالمقصود والحمد لله ذى الفضل والجود

* (بسم الله الرحمن الرحيم) * * (كتاب الكفالة) *

(قوله لكونها فيه غالبا) الاولى حذف اللام ط والاولى أيضا كونها عقبه غالبا قال في الفتح اوردها عقب البيوع لانها غالبا يكون تحققها في الوجود عقب البيع فانه قد لايطمئن البائع الى المشترى فيحتاج الى من يكفله بالثمن أولا يطمئن المشترى الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققها في الوجود غالبا بعدها اوردها في التعليم بعدها (قوله ولكونها الخ) عبارة الفتح ولها مناسبة خاصة بالصرف وهى انها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الاثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لكونه من ابواب البيع السابق على الكفالة (قوله هى لغة الضم) قال تعالى وكفلها زكريا اى ضمها الى نفسه وقال عليه الصلاة والسلام أنا وكافل اليتيم كهاتين اى ضام اليتيم الى نفسه وفي المغرب وتركيبه يدل على الضم والتضمين (قوله كفلته وكفلت به وعنه) اى يتعدى بنفسه وبالباء وبعن وفي القهستانى ويتعدى الى المفعول الثانى في الاصل بالباء فالمكفول به الدين ثم يتعدى بعن للمديون وباللام للدائن (قوله وتثليث الفاء) مقتضاه أن ابن القطاع حكاه وليس كذلك وعبارة البحر قال في المصباح كفلت بالمال وبالنفس كفلا من باب قتل وكفولا أيضا والاسم الكفالة وحكى ابو زيد سماعا من العرب من بابى تعب وقرب وحكى ابن القطاع كفلته وكفلت به وعنه اذا تحملت به اهـ ح (قوله ضم ذمة الكفيل) الذمة وصف شرعى به الاهلية لوجوب ماله وعليه وفسرها فخر الاسلام بالنفس والرقبة التى لها عهد والمراد بها العهد فقولهم في ذمته اى في نفسه باعتبار عهدها من باب اطلاق الحال وارادة المحل كذا في التحرير نهر (قوله بنفس) متعلق بمطالبة ح (قوله اوبدين أوعين) زاد بعضهم رابعا وهو الكفالة بتسليم المال ويمكن دخوله في الدين قلت وكذا بتسليم عين غير مضمونة كالامانة وسيأتى تحقيق ذلك كله (قوله كمغصوب ونحوه) اى من كل مايجب

تسليمه بعينه واذا هلك ضمن مثله اوقيمته كالمبيع فاسدا اوالمقبوض على سوم الشراء والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم عمد احترازا عن المضمون بغيره كالمرهون وغير المضمون أصلا كالامانة فلا تصح الكفالة بأعيانها (قوله كما سيجيء) اى فى كفالة المال ح (قوله لان المطالبة تعم ذلك) اى المذكور من الاقسام الثلاثة وهو تعليل لتفسير الاطلاق بها وتمهيد لقوله وبه يستغنى الخ (قوله ومن عرّفها بالضم فى الدين الخ) اعلم أنه اختلف فى تعريف الكفالة فقيل انها الضم فى المطالبة كما مشى عليه المصنف وغيره من اصحاب المتون وقيل الضم فى الدين فيثبت بها دين آخر فى ذمة الكفيل ويكتفى باستيفاء أحدهما ولم يرجح فى المبسوط أحد القولين لكن فى الهداية وغيرها الاول اصح ووجهه كما فى العناية أنها كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة ويلزم أن يصير الدين الواحد دينين اه وفيه نظر اذ من عرّفها بالضم فى الدين انما أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال وأما الكفالة بالنفس وبالاعيان فهى فى المطالبة اتفاقا وهما ماهيتان لا يمكن جمعهما فى تعريف واحد وأفرد تعريف الكفالة بالمال لانه محل الخلاف نهر وحاصله أن كون تعريفها بالضم فى المطالبة أعم لشموله الانواع الثلاثة لا يصلح توجيها لكونه أصح من تعريفها بالضم فى الدين لان المراد به تعريف نوع منها وهو كفالة الدين أما النوعان الآخران فمتفق على كون الكفالة بهما كفالة بالمطالبة ولا يمكن الجمع بين الكفالة بالاول والكفالة بالآخرين فى تعريف واحد لان الضم فى الدين غير الضم فى المطالبة ثم لا يخفى أن تعريفها بالضم فى الدين يقتضى ثبوت الدين فى ذمة الكفيل كما صرح به أولا ويدل عليه انه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع به على الاصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وما أورد عليه من لزوم صيرورة الدين الواحد دينين دفعه فى المبسوط بأنه لا مانع لانه لا يستوفى الا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك الا فى قيمة واحدة لانه لا يستوفى الا من أحدهما واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا لكن هنا بالقبض لا بمجرد اختياره لكن المختار الاول وهو أنه الضم فى مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره فى ذمتين وان أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب هنا لان التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ثبوت اعتبار الدين فى الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو فى ذمة الموكل كذا فى الفتح وكذا الوصى والولى والناظر يطالبون بما لزم دفعه ولا شئ فى ذمتهم كما فى البحر وذكر أنهم لم يذكروا لهذا الاختلاف ثمرة فان الاتفاق على أن الدين لا يستوفى الا من أحدهما وأن الكفيل مطالب وأن هبة الدين له صحيحة ويرجع به على الاصيل ولو اشترى الطالب بالدين شيأ من الكفيل صح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه لا يصح ويمكن أن تظهر فيما اذا حلف الكفيل أن لا دين عليه فيحنث على الضعيف لا على الاصح اه قلت يظهر لى الاتفاق على ثبوت الدين فى ذمة الكفيل أيضا بدليل الاتفاق على هذه المسائل المذكورة ولان اعتباره فى ذمتين ممكن كما علمت وما ذكر من هذه المسائل موجب لذلك الاعتبار ولو كانت ضما فى المطالبة فقط بدون دين لزم أن لا يؤخذ المال من تركة الكفيل لان المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس لما كان كفيلا بالمطالبة فقط بطلت الكفالة بموته مع أن المصرح به أن المال يحل بموت الكفيل وأنه يؤخذ من تركته ولان الكفيل يصح أن يكفله عند الطالب كفيل آخر بالمال المكفول به فاذا أدى الآخر المال الى الطالب لم يرجع به على الاصيل بل يرجع على الكفيل الاول فان أدى اليه رجع الاول على الاصيل لو الكفالة بالامر نص عليه فى كافى الحاكم ويشهد لذلك فروع أخر ستظهر فى محالها وعلى هذا فمعنى كون التعريف الاول أصح شموله انواع الكفالة الثلاثة بخلاف التعريف الثانى كما مر عن العناية والجواب بأنه انما أراد تعريف نوع منها لا يدفع الايراد لانه لم يعرف النوعين الآخرين فكان موهما اختصاصها بذلك النوع فقط هذا ما ظهر لى فتدبره (قوله وهو الكفالة بالمال) أراد بالمال الدين والا فهو يشمل العين مقابل الدين اه ح (قوله لانه محل الخلاف) بيان لوجه اقتصاره على تعريف كفالة الدين فقط ولا يخفى أن التعريف يذكر للتعليم والتفهيم فى ابتداء الابواب فلا بد من التنبيه على ما يوقع فى الاشتباه فكان عليه أن يذكر تعريف النوعين الآخرين كما قلنا آنفا (قوله وبه) اى بما ذكر من تعميم المطالبة (قوله يستغنى عما ذكره منلا خسرو) اى صاحب الدرر قال فى النهر وبه استغنى عما فى نكاح الدرر من تعريفها بضم ذمة الى ذمة فى مطالبة النفس او المال او التسليم مدعيا أن قولهم والاول أصح لا صحة له فضلا عن كونه اصح لانهم قسموها الى كفالة فى المال والنفس

كما سيجيء لان المطالبة تعم ذلك ومن عرّفها بالضم فى الدين انما أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال لانه محل الخلاف وبه يستغنى عما ذكره منلا خسرو

ثم ان تقسيمهم يشعر بانحصارها مع أنهم ذكروا في أثناء المسائل ما يدل على وجود قسم ثالث وهو الكفالة بالتسليم اهـ وأنت قد علمت ماهو الواقع اهـ اي من أن ما عرف به هو مرادهم لان المطالبة تشمل الانواع الثلاثة فليس فيما قاله زيادة على ما أرادوه غير التصريح به فافهم (قوله وركنها ايجاب وقبول) فلا تتم بالكفيل وحده ما لم يقبل المكفول له أو أجنبي عنه في المجلس رملي (قوله ولم يجعل الثاني) اي ابو يوسف وقوله الثاني اي القبول وهو بالنصب على انه مفعول يجعل وقوله ركنا مفعوله الآخر أي فجعلها تتم بالايجاب وحده في المال والنفس واختلف على قوله فقيل تتوقف على اجازة الطالب فلو مات قبلها لا يؤاخذ الكفيل وقيل تنفذ وللطالب الرد كما في البحر وهو الاصح كما في المحيط اي الاصح من قوليه نهر وفي الدرر والبزازية وبقول الثاني يفتى وفي انفع الوسائل وغيره الفتوى على قولهما وسيأتي تمامه عند قوله ولا تصح بلا قبول الطالب في مجلس العقد (قوله نفسا أو مالا) الاولى اسقاطه ليتأتى له التفريع بقوله فلم تصح بحد وقود فانهما ليسا بنفس ولا مال ان اريد الضمان بهما أما اذا اريد الضمان بنفس من هما عليه فان الكفالة حينئذ تكون جائزة كما سيذكره المصنف نعم يشترط كون النفس مقدورة التسليم اذ لا شك أن كفالة الميت بالنفس لا تصح لانه لو كان حيا ثم مات بطلت كفالة النفس وكذا لو كان غائبا لا يدرى مكانه فلا تصح كفالته بالنفس كما في جامع الفصولين وعبارة البحر عن البدائع وأما شرائط المكفول به فالاول أن يكون مضمونا على الاصيل دينا او عينا او نفسا او فعلا ولكن يشترط في العين أن تكون مضمونة بنفسها الثاني أن يكون مقدور التسليم من الكفيل فلا تجوز بالحدود والقصاص الثالث أن يكون الدين لازما وهو خاص بالكفالة بالمال فلا تجوز الكفالة ببدل الكتابة (قوله وفي الدين كونه صحيحا) هو ما لا يسقط الا بالاداء أو الابراء كما سيأتي متنا وسيذكر الشارح هناك استثناء الدين المشترك والنفقة وبدل السعاية وأفاد أنه لا يشترط أن يكون معلوم القدر كما في البحر وسيأتي أيضا مع بيانه (قوله لا ساقطا الخ) محترز قوله قائما فلا تصح كفالة ميت مفلس بدين عليه كما سيذكره المصنف (قوله ولا ضعيفا) محترز قوله صحيحا (قوله كبدل كتابة) لانه يسقط بالتعجيز (قوله ونفقة زوجة الخ) عبارة النهر وينبغي أن يكون من ذلك الكفالة بنفقة الزوجة قبل القضاء بها او الرضى لما قدمناه من أنها لا تصير دينا الا بهما وبدل الكتابة دين الا انه ضعيف ولا تصح الكفالة به فما ليس دينا اولى اهـ وبه يظهر ما في عبارة الشارح من الخفاء فكان عليه أن يقول ولا ضعيفا كبدل كتابة فما ليس دينا كنفقة زوجة قبل القضاء او الرضى بالاولى ولا يخفى انها حيث لم تصر دينا لا تكون من امثلة الدين الساقط فافهم ثم ظاهر كلام النهر أنها لو صارت دينا بالقضاء بها أو بالرضى تصير دينا صحيحا مع انه ليس كذلك لسقوطها بالموت او الطلاق الا اذا كانت مستدانة بامر القاضي لكن غير المستدانة مع كونها دينا غير صحيح تصح الكفالة بها استحسانا فهي مستثناة من هذا الشرط كما سينبه عليه الشارح عند قول المصنف اذا كان دينا صحيحا بل ذكر بعده بأسطر عن الخانية لو كفل لها رجل بالنفقة أبدا ما دامت الزوجية جاز وكذا ذكر قبيل الباب الآتي جواز الكفالة بها اذا أراد زوجها السفر وعليه الفتوى مع انها لم تصر دينا اصلا لان النفقة لم تجب بعد فيحمل ما ذكره هنا تبعا للنهر على النفقة الماضية لانها تسقط بالمضي قبل القضاء او الرضى فلا تصح الكفالة بها والفرق بين الماضية والمستقبلة أن الزوجة مقصرة بتركها بدون قضاء او رضى الى أن سقطت بالمضي بخلاف المستقبلة فتدبر (قوله وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل) اي ثبوت حق المطالبة متى شاء الطالب سواء تعذر عليه مطالبة الاصيل أو لا فتح وذكر في الكفاية أن اختيار الطالب تضمين أحدهما لا يوجب براءة الآخر ما لم توجد حقيقة الاستيفاء فلذا يملك مطالبة كل منهما بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب اهـ وقدمناه ايضا (قوله بما هو على الاصيل) الاولى بما وقعت الكفالة به عن الاصيل لان الاصيل عليه تسليم نفسه او تسليم المال والكفيل بالنفس ليس عليه تسليم المال ولان الكفيل لو تعدد لا يلزمه الا بقدر ما يخصه كنصف الدين لو كانا اثنين اوثلثه لو ثلاثة ما لم يكفلوا على التعاقب فيطالب كل واحد بكل المال كما ذكره السرخسي (قوله نفسا او مالا) شمل المال الدين والعين وينبغي أن يزيد أو فعلا كما لو كفل تسليم الامانة أو تسليم الدين كما سيأتي بيانه والمراد بالعين المضمونة بنفسها كالمغصوب كما مر (قوله فلا تنفذ من صبي ولا مجنون) اي ولو الصبي تاجرا وكذا لا تجوز له الا اذا كان تاجرا وأما الكفالة عنه فهي لازمة للكفيل يؤخذ بها ولا يجبر الصبي على

(وركنها ايجاب وقبول) بالالفاظ الآتية ولم يجعل الثاني الثاني ركنا (وشرطها كون المكفول به) نفسا أو مالا (مقدور التسليم) من الكفيل فلم تصح بحد وقود (وفي الدين كونه صحيحا قائما) لا ساقطا بموته مفلسا ولا ضعيفا كبدل كتابة ونفقة زوجة قبل الحكم بها فما ليس دينا بالاولى نهر (وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل) بما هو على الاصيل نفسا أو مالا (واهلها من هو أهل للتبرع) فلا تنفذ من صبي ولا مجنون

مطلب في كفالة نفقة الزوجة

الحضور معه الا اذا كانت بطلبه وهو تاجر أو بطلب أبيه مطلقا فان تغيب فله أخذ الاب باحضاره او تخليصه والوصي كالاب ولو كفل بنفس الصبي على انه ان لم يواف به فعليه ما ذاب عليه جازت كفالة النفس وما قضى به على أبيه او وصيه لزم الكفيل ولا يرجع على الصبي الا اذا أمره الاب او الوصي بالضمان اهـ ملخصا من كافي الحاكم (قوله الا اذا استدان له وليه) اى من له ولاية عليه من اب او وصي لنفقة او غيرها مما لا بد له منه (قوله وأمره أن يكفل المال عنه) قيد بالمال احترازا عن النفس لان ضمان الدين قد لزمه اى لزم الصبي من غير شرط فالشرط لا يزيده الا تأكيدا فلم يكن متبرعا فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب او الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعا به فلم يجز بحر عن البدائع (قوله ويكون اذنا في الاداء) لان الوصي ينوب عنه في الاداء فاذا أمره بالضمان فقد أذن له في الاداء فيجب عليه الاداء نهر عن المحيط (قوله ولولاها لطولب الولي) اى فقط (قوله ولا من مريض الا من الثلث) لكن اذا كفل لوارث أو عن وارث لا تصح اصلا ولو كان عليه دين محيط بماله بطلت ولو كفل ولا دين عليه ثم أقر بدين محيط لاجنبي ثم مات فالمقر له اولى بتركته من المكفول له وان لم يحط فان كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها والا فبقدر الثلث وان أقر المريض أن الكفالة كانت في صحته لزمه الكل في ماله ان لم تكن لوارث أو عن وارث وتمامه في الفصل التاسع عشر من التاترخانية (قوله ولا من عبد) اى لا تصح الكفالة منه بنفس أو مال كما في الكافي وسواء كفل عن مولاه أو اجنبي كما في التتارخانية (قوله الا ان أذن له المولى) اى بالكفالة عن مولاه أو عن اجنبي فتصح كفالته اذا لم يكن مديونا وكذا الامة والمدبرة وام الولد وان كان مديونا لا يلزمه شيء ما لم يعتق تتارخانية وسيأتي تمام الكلام عليه قبيل الحوالة (قوله ولا من مكاتب الخ) اى ويطالب بها بعد عتقه وهذا لو كانت عن اجنبي كما في البحر وقال أيضا وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاهما قال في النهر وينبغي أن يقيد ذلك بما اذا كانت بأمره ثم رأيته كذلك في عقد الفرائد معزيا الى المبسوط قلت وسيأتي أيضا متنا قبيل الحوالة في العبد مع التقييد بكونه غير مديون مستغرق (قوله والمدعي) اى من يكون له حق الدعوى على غريمه اذ لا يلزم في اعطاء الكفيل الدعوى بالفعل (قوله مكفول له) ويسمى الطالب أيضا (قوله مكفول عنه) هذا في كفالة المال دون كفالة النفس ففي البحر عن التتارخانية ويقال للمكفول بنفسه مكفول به ولا يقال مكفول عنه اهـ لكن قال الخير الرملي وجدنا بعضهم يقوله ووجد في التتارخانية عن الذخيرة (قوله كفيل) ويسمى ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وصبيرا وقبيلا وتمامه في حاشية البحر للرملي (قوله وسنده) اى سند الاجماع اذ لا اجماع الا عن مستند وان لم يلزم علمنا به (قوله قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم) اى يلزمه الاداء عند المطالبة به فهو بيان لحكم الكفالة والحديث كما في الفتح رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن وقد استدل في الفتح لشرعيتها بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وعادتهم تقديم ما ورد في الكتاب على ما في السنة والشارح لم يذكره اصلا ولعله لشهرته أو لما قيل انه لا كفالة هنا لانه مستأجر لمن جاء بالصواع بحمل بعير والمستأجر يلزمه ضمان الاجرة ولكن جوابه أن الكفيل كان رسولا من الملك لا وكيلا بالاستئجار والرسول سفير فكأنه قال ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير ثم قال الرسول وأنا بذلك الحمل زعيم اى كفيل وبحث فيه في النهر (قوله وتركها احوط) اى اذا كان يخاف أن لا يملك نفسه من الندم على ما فعله من هذا المعروف أو المراد أحوط في سلامة المال لا في الديانة اذ هي بالنية الحسنة تكون طاعة يثاب عليها فقد قال في الفتح ومحاسن الكفالة جليلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت من الافعال العالية وتمامه فيه (قوله مكتوب في التوراة الخ) رأيت في الملتقط قيل مكتوب على باب من ابواب الروم وفيه زيادة على ما هنا ومن لم يصدق فليجرب حتى يعرف البلاء من السلامة (قوله أولها ملامة) سقط أولها من بعض النسخ وهو موجود في البحر عن المجتبى والمراد والله أعلم انه يعقبها في أول الامر الملامة لنفسه منه أو من الناس ثم عند المطالبة بالمال يندم على اتلافه لماله ثم بعد ذلك يغرم المال أو يتعب نفسه باحضار المكفول به لان الغرم لزوم الضرر ومنه قوله تعالى ان عذابها كان غراما (قوله وكفالة النفس تنعقد الخ) عبارة الكنز وتصح بالنفس وان تعددت قال في النهر أي بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا أو كان للكفيل كفيل ويجوز عود الضمير الى النفس بأن يكفل

واحد

الا اذا استدان له وليه وأمره أن يكفل المال عنه فتصح ويكون اذنا في الاداء محيط ومفاده أن الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة ولولاها لطولب الولي نهر ولا من مريض الا من الثلث ولا من عبد ولو مأذونا في التجارة ويطالب بعد العتق الا ان أذن له المولى ولا من مكاتب ولو باذن المولى (والمدعي) وهو الدائن (مكفول له والمدعى عليه) وهو المديون (مكفول عنه) ويسمى الاصيل أيضا (والنفس او المال مكفول به ومن لزمته المطالبة كفيل) ودليلها الاجماع وسنده قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وتركها أحوط مكتوب في التوراة الزعامة أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة مجتبى (وكفالة النفس تنعقد

مطلب
تصح كفالة الكفيل

واحد نفوسا والاول هو الظاهر اه وقدمنا عن كافي الحاكم صحة كفالة الكفيل بالمال أيضا (قوله بكفلت بنفسه) بفتح الفاء أفصح من كسرها ويكون بمعنى عال فيتعدى بنفسه ومنه وكفلها زكريا وبمعنى ضمن والتزم فيتعدى بالحرف واستعمال كثير من الفقهاء له متعديا بنفسه مؤول رملي عن شرح الروض (قوله مما يعبر به عن بدنه) أي مما يعبر به من أعضائه عن جملة البدن كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وبدنه وروحه وذكروا في الطلاق الفرج ولم يذكروه هنا قالوا وينبغي صحة الكفالة اذا كانت امرأة كذا في التتارخانية نهر وتمامه فيه (قوله وبجزء شائع الخ) لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعا كذكر كلها ولو أضاف الكفيل الجزء الى نفسه ككفلت لك نصفي أو ثلثي فانه لا يجوز كذا في السراج لكن لو قيل ان ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله لم يفترق الحال نهر (قوله وتنعقد بضمنته الخ) أما ضمنته فلانه تصريح بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بالتمليك وأما علي فلانه صيغة التزام ومن هنا أفتى قارئ الهداية بأنه لو قال التزمت بما على فلان كان كفالة والي بمعناه هنا وتمامه في النهر ثم اعلم أن ألفاظ الكفالة كل ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة وفي جامع الفتاوى هذا الي أو علي وأنا كفيل به أو قبيل أو زعيم كان كله كفالة بالنفس لا كفالة بالمال اه تتارخانية وفي كافي الحاكم وقوله ضمنت وكفلت وهو الي وهو علي سواء كله وهو كفيل بنفسه اه ثم ذكر في باب الكفالة بالمال اذا قال ان مات فلان قبل أن يوفيك مالك فهو علي فهو جائز اه فقد علم أن قوله أولا هو الي هو علي كفيل بنفسه انما هو حيث كان الضمير للرجل المكفول به أما لو كان الضمير للمال فهو كفالة مال وكذا بقية الالفاظ ففي التتارخانية أيضا عن الخلاصة لو قال لرب المال أنا ضامن ما عليه من المال فهذا ضمان صحيح ثم قال ولو ادعى انه غصبه عبدا ومات في يده فقال خله فأنا ضامن بقيمة العبد فهو ضامن يأخذه منه من ساعته ولا يحتاج الى اثبات بالبينة اه فقد ظهر لك أن ما مر أولا عن التتارخانية من أن هذه الالفاظ كفالة نفس لا كفالة مال ليس المراد أنها لا تكون كفالة مال أصلا بل المراد أنه اذا قال أنا به كفيل أو زعيم الخ أي بالرجل كان كفالة نفس لانها أدنى من كفالة المال ولم يصرح بالمال بخلاف ما اذا توجهت هذه الالفاظ على المال فانها تكون كفالة مال لانها صريحة به فلا يراد بها الادنى وهو كفالة النفس مع التصريح بالمال أو بضميره وهذا معنى ما نقله الشلبي عن شرح القدوري للشيخ أبي نصر الاقطع من قوله فاذا ثبت أن هذه الالفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس وضمان المال اه أي اذا قال ضمنت زيدا أو أنا كفيل به أو هو علي او الي يكون كفالة نفس كما افتى به في الخيرية واذا قال ضمنت لك ما عليه من المال أو أنا كفيل به الخ فهو كفالة مال قطعا وأما اذا لم يعلم المكفول به انه كفالة نفس أو مال فلا تصح الكفالة أصلا كما يأتي بيانه قريبا وبه علم انه لا تحرير فيما قاله الشلبي بعد ما مر عن شرح الاقطع من انه ينبغي أن يقال هذه الالفاظ اذا أطلقت تحمل على الكفالة بالنفس واذا كان هنالك قرينة على الكفالة بالمال تتمحض حينئذ للكفالة به اه فانه اذا لم يعلم المكفول به بأن قال أنا ضامن ولم يصرح بنفس ولا مال لا تصح أصلا كما يأتي فقوله تحمل على الكفالة بالنفس مخالف للمنقول كما تعرفه نعم لو قامت قرينة على أحدهما يمكن أن يقال يعمل بها كما اذا قال قائل اضمن لي هذا الرجل فقال الآخر أنا ضامن فهو قرينة على كفالة النفس وان قال اضمن لي ما عليه من المال فقال أنا ضامن فهو قرينة على المال لان الجواب معاد في السؤال فافهم واغتنم تحرير هذه المسألة فانك لا تجده في غير هذا الكتاب ولله الحمد (قوله أو عندي) في البحر عن التتارخانية لك عندي هذا الرجل أو قال دعه الي كانت كفالة اه يعني بالنفس وقال في البحر أيضا عند قوله ولو قال ان لم أوافك به غدا الخ عن الخانية ان لم أوافك به فعندي لك هذا المال لزمه لان عندي اذا استعمل في الدين يراد به الوجوب وكذا لو قال الي هذا المال اه فهذا صريح أيضا بان عندي يكون كفالة نفس وكفالة مال بحسب ما توجه اليه اللفظ وبه أفتى في الخيرية والحامدية وأما ما قاله في البحر عند قول الكنز وبمالك عليه من أن عندي كعلي في التعليق فقط ولا تفيد كفالة بالمال بل بالنفس وما أفتى به من انه لو قال لا تطالب فلانا مالك عندي لا يكون كفيلا فقد رده في النهر بأن ما مر عن الخانية من العلة المذكورة غير مقيد بالتعليق ورده المصنف أيضا وكذا الخير الرملي بقولهم ان مطلق لفظ عندي للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة وفي الزيلعي من الاقرار انه العرف قال الرملي ومقتضى ذلك

بكفلت بنفسه ونحوها مما يعبر به عن بدنه) كالطلاق وقدمنا ثمة انهم لو تعارفوا اطلاق اليد على الجملة وقع به الطلاق فكذا في الكفالة فتح (و) بجزء شائع ككفلت (بنصفه أو ربعه و) تنعقد (بضمنته أو علي أو الي أو عندي

مطلب

لفظ عندي يكون كفالة بالنفس ويكون كفالة بالمال

أنّ القاضي لوسأل المدّعى عليه عن جواب الدعوى فقال عندي كان اقرارا اه (قوله بمعنى محمول) كذا عزاه المصنف الى البدائع أيضا قال ط الاظهر أن يكون بمعنى فاعل لانه حامل لكفالته (قوله وتنعقد بقوله اناضامن حتى تجتمعا الخ) أقول اشتبه هنا على المصنف مسألة بمسألة بسبب سقط وقع فى نسخة الخانية التى نقل عنها فى شرحه فانه قال فيه قال فى الخانية وعن أبى يوسف لو قال هو علىّ حتى تجتمعا او حتى تلتقيا لايكون كفالة لانه لم يبين المضمون انه نفس أومال اه مع أنّ عبارة الخانية هكذا وعن أبى يوسف لو قال هو علىّ حتى تجتمعا أوقال علىّ أن أوافيك به أو القاك به كانت كفالة بالنفس ولو قال أناضامن حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا لايكون كفالة لانه لم يبين المضمون انه نفس أومال اه كلام الخانية وفى السراج لو قال هو علىّ حتى تجتمعا أوتلتقيا فهو جائز لانّ قوله هو علىّ ضمان مضاف الى العين وجعل الالتقاء غاية له اه يعنى أنّ الضمير فى هو علىّ عائد الى عين الشخص المكفول به فيكون كفالة نفس الى التقائه مع غريمه بخلاف قوله أناضامن حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا فلا يصح أصلا لانّ قوله أناضامن لم يذكر فيه المضمون به هل هو النفس أو المال فقد ظهر وجه الفرق بين المسألتين فكان الصواب فى التعبير أن يقال وتنعقد بقوله هو علىّ حتى تجتمعا أو تلتقيا لا بأناضامن حتى تجتمعا أو تلتقيا لعدم بيان المضمون به فتنبه لذلك ثم ان المسألة مذكورة فى كافى الحاكم الذى جمع فيه كتب ظاهر الرواية وهو العمدة فى نقل نص المذهب وذلك انه قال ولو قال أنابه قبيل أو زعيم أو قال ضمين فهو كفيل وقال أبو يوسف ومحمد وكذلك لو قال علىّ أن أوافيك به أو علىّ أن ألقاك به أو قال هو علىّ حتى تجتمعا أو حتى توافيا أو حتى تلتقيا وان لم يقل هو علىّ وقال أناضامن لك حتى تجتمعا أو تلتقيا فهو باطل اه ولم يذكر قول أبى حنيفة فى المسألة فعلم انه لاقول له فيها فى ظاهر الرواية وانما المسألة منقولة عن الصاحبين فقط فى ظاهر الرواية عنهما وبه علم أنّ قول الخانية وعن أبى يوسف ليس لحكاية الخلاف ولا للتمريض بل هو بيان لكون ذلك منقولا عنه وكذا عن محمد كما علمت وحيث لم يوجد نص للامام فالعمل على مانقله الثقات عن أصحابه كما علم فى محله (قوله تتارخانية) عبارتها هو علىّ حتى تجتمعا فهو كفيل الى الغاية التى ذكرها اه هكذا ذكره المصنف فى المنح وأنت خبير بأن هذه المسألة ليست التى ذكرها فى متنه فانّ التى ذكرها فى متنه لاتنعقد فيها الكفالة أصلا كما علمته آنفا (قوله كما نقله فى الخانية) قد اسمعناك عبارة الخانية (قوله قال المصنف والظاهر انه ليس المذهب) الضمير فى انه عائد الى مانقله عن الثانى وهو الذى عبر عنه فى المتن بقوله وقيل لا وقد علمت انه ليس فى المذهب قول آخر بل هما مسألتان احداهما تصح فيها الكفالة والاخرى لاتصح بلاذكر خلاف فيهما كما حررناه آنفا (قوله لكنه استنبط الخ) يعنى أن المصنف قال فى شرحه انه ليس المذهب مع انه فى فتاويه استنبط منه ماذكر ووجه الاستنباط أنّ الطالب والضامن لم يتفقا على أمر واحد فلم يعلم المضمون به هل هو نفس أومال فلا تصح الكفالة (قوله ثم قال وينبغى الخ) أقول هذا مسلم اذا كان الطالب يدّعى كفالة النفس أيضا أما لو ادّعى عليه كفالة المال فقط فلا اذ الاقرار يرتد بالرد ولا يؤاخذ المقرّ بلادعوى أفاده الرحمتى (قوله على المذهب) لانهم قالوا انه ظاهر الرواية زاد فى الفتح عن الواقعات وبه يفتى وفى البحر عن الخلاصة وعليه الفتوى (قوله لانه لم يلتزم المطالبة بل المعرفة) فصار كقوله اناضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله فتح قال فى البحر وأشار الى انه لو قال انا أعرفه لايكون كفيلا كما فى السراج (قوله والوجه اللزوم) لانه مصدر متعدّ الى اثنين فقد التزم أن يعرّفه الغريم بخلاف معرفته فانه لايقتضى الامعرفة الكفيل للمطلوب فتح فصار معنى الاوّل اناضامن لان أعرّفك غريمك وتعريفه باحضاره للطالب والا فهو معروف له ومعنى الثانى اناضامن لان أعرفه ولا يلزم منه احضاره له لكن ما يأتى عن الخانية يفيد لزوم دلالته عليه وان لم يصر كفيلا قال فى النهر وما مرّ من انه صار كالتزامه الدلالة يؤيده قوله ولا يلزم الخ أى لا يلزم من لزوم دلالته عليه أن يكون كفيلا بنفسه ليترتب عليه أحكامها نهر أى لانه يخرج عن ذلك بقوله هو فى المحل الفلانى فاذهب اليه فلا يلزمه احضاره أو السفر اليه اذا غاب وغير ذلك من أحكام كفالة النفس (تتمة) قدمنا أن ألفاظ الكفالة كل ماينبئ عن العهدة فى العرف والعادة ومن ذلك كما فى الفتح علىّ أن اوافيك به أو علىّ أن القاك به أودعه الىّ ثم قال وفى فتاوى النسفى لو قال الدين الذى لك على فلان انا أدفعه اليك او أسلمه اليك أو أقبضه لايكون كفالة مالم يتكلم بما يدل على الالتزام وقيده فى الخلاصة بما اذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو أن يقول ان لم يؤدّ

(اوأنابه زعيم) أى كفيل (أوقبيل به) أى بفلان أو غريم أو حميل بمعنى محمول بدائع (و) تنعقد بقوله (أناضامن حتى تجتمعا أو) حتى (تلتقيا) ويكون كفيلا الى الغاية تتارخانية (وقيل لا) تنعقد (لعدم بيان المضمون به) اهو نفس أومال كما نقله فى الخانية عن الثانى قال المصنف والظاهر أنه ليس المذهب لكنه استنبط منه فى فتاويه انه لوقال الطالب ضمنت بالمال وقال الضامن انما ضمنت بنفسه لايصح ثم قال وينبغى انه اذا اعترف انه ضمن بالنفس أن يؤاخذ باقراره فراجعه (كما) لاتنعقد (فى) قوله (أناضامن) أو كفيل (لمعرفته) على المذهب خلافا للثانى لانه لم يلتزم المطالبة بل المعرفة واختلف فى أناضامن لتعريفه أو على تعريفه والوجه اللزوم فتح كأنا ضامن لوجهه لانه يعبر به عن الجملة سراج وفى معرفة فلان علىّ يلزمه أن يدل عليه خانيه ولا يلزم أن يكون كفيلا نهر

مطلب

لوقال أنا اعرفه لايكون كفيلا

مطلب في الكفالة الموقتة

(واذا كفل الى ثلاثة أيام) مثلا (كان كفيلا بعد الثلاثة) أيضا أبدا حتى يسلمه لما فى الملتقط وشرح المجمع لو سلمه للحال برأ وانما المدة لتأخير المطالبة ولو زاد وأنا بريء بعد ذلك لم يصر كفيلا أصلا فى ظاهر الرواية وهى الحيلة فى كفالة لا تلزم درر وأشباه قلت ونقله فى لسان الحكام عن أبى الليث وأن عليه الفتوى ثم نقل عن الواقعات أن الفتوى انه يصير كفيلا اه لكن تقوى الاول بأنه ظاهر المذهب فتنبه (ولا يطالب) بالمكفول به (فى الحال) فى ظاهر الرواية (وبه يفتى) وصححه فى السراجية وفى البزازية كفل على انه متى او كلما طلب فله أجل شهر صحت وله اجل شهر مذ طلبه فاذا تم الشهر فطالبه لزم التسليم ولا أجل له ثانيا

فأنا أؤدى نظيره فى النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شئ ولو قال ان دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج اه قلت لكن لو قال ضمنت لك ما عليه أنا اقبضه وأدفعه اليك يصير كفالة بالقبض والتسليم كما سنذكره فى بحث كفالة المال (قوله واذا كفل الى ثلاثة أيام الخ) حاصله انه اذا قال كفلت لك زيدا أو ما على زيد من الدين الى شهر مثلا صار كفيلا فى الحال أبدا أى فى الشهر وبعده ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة الى شهر لا لتأخير الكفالة كما لو باع عبدا بألف الى ثلاثة أيام يصير مطالبا بالثمن بعد الثلاثة وقيل لا يصير كفيلا فى الحال بل بعد المدة فقط وهو ظاهر عبارة الاصل وعلى كل فلا يطالب فى الحال وهو ظاهر الرواية كما فى التتارخانية وفى السراجية وهو الاصح وفى الصغرى وبه يفتى كما فى البحر قلت ومقابله ما قاله أبو يوسف والحسن انه يطالب به فى المدة فقط وبعدها يبرأ الكفيل كما لو ظاهر أو آلى من امرأته مدة فانهما يقعان فيها ويبطلان بمضيها كما فى الظهيرية وغيرها وفيها أيضا ولو قال كفلت فلانا من هذه الساعة الى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف ولو قال شهرا لم يذكره محمد واختلف فيه فقيل هو كفيل أبدا كما لو قال الى شهر وقيل فى المدة فقط اى كما لو قال من هذه الساعة الى شهر والحاصل انه اما أن يذكر الى بدون من فيقول كفلته الى شهر وهى مسألة المتن فيكون كفيلا بعد الشهر ولا يطالب فى الحال وعند أبى يوسف والحسن هو كفيل فى المدة فقط واما أن يذكر من والى فيقول كفلته من اليوم الى شهر فهو كفيل فى المدة فقط بلا خلاف واما أن لا يذكر من ولا الى فيقول كفلته شهرا أو ثلاثة أيام فقيل كالاول وقيل كالثانى وفى التتارخانية عن جمع التفاريق قال واعتماد أهل زماننا على انه كالثانى قلت وينبغى عدم الفرق بين الصور الثلاث فى زماننا كما هو قول أبى يوسف والحسن لان الناس اليوم لا يقصدون بذلك الا توقيت الكفالة بالمدة وانه لا كفالة بعدها وقد تقدم أن مبنى ألفاظ الكفالة على العرف والعادة وأن لفظ عندى للامانة وصار فى العرف للكفالة بقرينة الدين وقالوا ان كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه سواء وافق عرف اللغة أولا ثم رأيت فى الذخيرة قال وكان القاضى الامام الاجل أبو على النسفى يقول قول أبى يوسف أشبه بعرف الناس اذا كفلوا الى مدة يفهمون بضرب المدة انهم يطالبون فى المدة لا بعدها الا انه يجب على المفتى أن يكتب فى الفتوى انه اذا مضت المدة المذكورة فالقاضى يخرجه عن الكفالة احترازا عن خلاف جواب الكتاب وان وجد هناك قرينة تدل على ارادته جواب الكتاب فهو عليه اه لكن نازع فى ذلك فى أنفع الوسائل بان القاضى المقلد لا يحكم الا بظاهر الرواية لا بالرواية الشاذة الا أن ينصوا على أن الفتوى عليها اه قلت ما ذكره الامام النسفى مبنى على أن المذكور فى ظاهر الرواية انما هو حيث لا عرف اذ لا وجه للحكم على المتعاقدين بما لم يقصداه فليس قضاء بخلاف ظاهر الرواية وما ذكره من اخراج القاضى له عن الكفالة زيادة احتياط لاحتمال كون العاقدين عالمين بذلك المعنى قاصدين له ولذا قال ان وجد قرينة على خلاف العرف يحكم بجواب ظاهر الرواية والله سبحانه أعلم (قوله لما فى الملتقط الخ) تعليل لما فهم من قوله أيضا من انه يكون كفيلا قبل الثلاثة اه ح (قوله لو سلمه للحال برئ) ويجبر الطالب على القبول كمن عليه دين مؤجل اذا عجله قبل حلول الاجل يجبر الطالب على القبول خانية فلو لم يصر كفيلا قبل مضى المدة لم يصح تسليمه فيها ولم يجبر الآخر على القبول (قوله لم يصر كفيلا أصلا) لانه لا يصير كفيلا بعد المدة لنفيهما الكفالة فيه صريحا ولا فى الحال على ما ذكرنا فى ظاهر الرواية ظهيرية (قوله ونقله الخ) نقل القولين فى البحر أيضا عن البزازية (قوله انه يصير كفيلا) أى فى المدة فقط كما يفيده قول جامع الفصولين فى الفصل السادس والعشرين كفل بنفسه الى شهر على انه برئ بعد الشهر فهو كما قال (قوله لكن تقوى الاول بأنه ظاهر المذهب) قلت وتقوى الثانى بأنه المتعارف بين الناس بحيث لا يقصدون غيره الا أن يكون الكفيل عالما بحكم ظاهر المذهب قاصدا له فالامر ظاهر (قوله ولا يطالب الخ) أى فى مسألة المتن (قوله لزم التسليم) أى بالطلب الاول وقوله ولا أجل له ثانيا أى بالطلب الثانى وهذا ما لم يدفعه فاذا دفعه اليه فان قال برئت اليك منه يبرأ فى المستقبل وان لم يبرأ منه فله أن يطالبه ثانيا ولا يكون ذلك براءة لانه قال فى الكفالة كلما طلبته منى فلى أجل شهر فكأنه قال كلما طلبته منى وافيتك به الا أن لى أجل شهر حتى اطلبه وكلمة كلما تقتضى التكرار فتقتضى تكرار الموافاة كلما تكرر الطلب فبالدفع اليه يبرأ عن موافاة لزمته بالمطالبة السابقة لا عن موافاة تلزمه بمطالبة توجد فى المستقبل وانما يبرأ عن ذلك بصريح الابراء فاذا برئ اليه حين دفعه مرة وجد صريح الابراء والا فلا

فاذادفعه اليه ولم يبرأ فطالبه بعد ذلك فللكفيل أجل شهر آخر من يوم طلبه لانه غير الطلب الاوّل بخلاف ما اذا لم يدفعه مرّة ذخيرة وبزازية ملخصا قلت وحاصله انه اذا طالبه بتسليم المكفول بنفسه فله أجل شهر فاذا تمّ الشهر فله مطالبته بالتسليم ولا أجل له فى هذه المطالبة الثانية فاذا سلمه وتبرّأ اليه من عهدته فلا شئ عليه بعد ذلك وان سلمه ولم يتبرّأ ثم طالبه به لزمه تسليمه ثانيا لكن يثبت له أجل شهر آخر بعد هذا الطلب فاذا تمّ الشهر ولم يسلمه فطالبه به فلا أجل له مالم يسلمه الى الطالب وهكذا ثم لا يخفى أن هذا فى كفالة النفس أما فى كفالة المال فانه بعد تسليمه لا يطالب به ثانيا لانّ الكفالة تنتهى به ولذا قال فى الذخيرة ولو كفله بألف على انه متى طالبه به فله أجل شهر فتى طلبه فله الاجل فاذا مضى فله أخذه منه متى شاء بالطلب الاوّل ولا يكون للكفيل أجل شهر آخر اه وبه ظهر أن كلام الشارح محمول على كفالة المال ولعله جرّدت متى وكلما عن العموم لعدم امكانه هنا لما قلنا بخلاف كفالة النفس كما علمت (قوله بخلاف البيع) فانه لا يصح الخيار فيه اكثر من ثلاثة ايام (قوله وان شرط) ينبغى كونه بالبناء للمفعول ليشمل ما اذا كان الشرط فى لفظ الكفيل أو الطالب ط (قوله احضره) اى لزمه احضاره بالشرط (قوله فيها) اى فى القضية المشروطة قدوقى (قوله حين يظهر مطله) فى بعض النسخ حتى والصواب الاوّل وذلك كما لو انكر الكفالة حتى اقيمت عليه البينة بخلاف ما لو أقرّ بها فانه لا يحبسه فى أوّل مرّة وهذا ظاهر الرواية كما فى البزازية اى لظهور مطله بانكاره فصار كمسألة المديون وبه صرّح فى الخانية وكأنّ الزيلعى لم يطلع على ذلك فذكره بحثا أفاده فى البحر (قوله لا يحبسه) لكن لا يحول بينه وبين الكفيل فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله وفى التتارخانية لو أضرّته ملازمته له استوثق منه بكفيل نهر (قوله فان غاب) اى المكفول عنه وطلب الغريم منه احضاره نهر وهذا اذا ثبت عند القاضى غيبته ببلد آخر بعلم القاضى أو بينة أقامها الكفيل كما فى البزازية وكافى الحاكم وأطلقه فشمل المسافة القريبة والبعيدة كما فى الفتح بحر (قوله امهله) اى اذا أراد الكفيل السفر اليه فان أبى حبسه للحال بلا امهال كما فى البزازية وفى التتارخانية وان كان فى الطريق عذر لا يؤاخذ الكفيل به بحر (قوله واياسه) بالكسر اى رجوعه (قوله ولو لدار الحرب) ولا تبطل باللحاق بدار الحرب لانه وان كان موتا حكما لكن بالنسبة الى ماله والا فهو حىّ مطالب بالتوبة والرجوع هكذا اطلقه فى النهاية وقيده فى الذخيرة بما اذا كان الكفيل قادرا على ردّه بأن كان بيننا وبينهم موادعة انهم يردّون الينا المرتدّ والا لا يؤاخذ به اه وهو تقييد لا بدّ منه بحر (قوله لا يطالب به) مقيد بما اذا لم يبرهن الطالب على انه بموضع كذا فان برهن أمر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره لانه علم مكانه بحر (قوله ان ثبت ذلك بتصديق الطالب) عبارة الزيلعى لانه عاجز وقد صدّقه الطالب عليه اه فأنت ترى أن الزيلعى لم يجعل ذلك شرطا لنفى المطالبة بل بين أنّ فرض المسألة فيما اذا صدّقه الطالب ثم اعقب الزيلعى ذلك بقوله ولو اختلفا الى آخر ما يأتى فبين حكم ما اذا لم يصدّقه وهو أنه اذا لم يكن له خرجة معروفة فالقول للكفيل اى فلا يطالب به فعلم أن تصديق الطالب غير شرط فى نفى المطالبة تأمل وبه يعلم أنه لا حاجة الى اقامة البينة فعبارة المصنف هنا غير محرّرة (قوله بما فى القنية) اى عن الامام علىّ السغدى (قوله وحيلة دفعه) اى دفع الطالب عن ملازمته للكفيل (قوله فان برهن على ذلك) اى برهن الكفيل على أن غيبته لا تدرى لكن هذه بينة فيها نفى ولعله يقبل لكونه تبعا والقصد اثبات سقوط المطالبة مقدسى وما قاله الرحتى من أن الضمير فى برهن للطالب فغير صحيح لانه لا يناسب قوله وحيلة دفعه (قوله ولو اختلفا) اى بأن قال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه زيلعى (قوله والا حلف) عبارة الزيلعى والفتح والبحر والا فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضى الى أن يظهر عجزه لانّ المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدّق فى اسقاطها عن نفسه بما يدّعى اه وكأنّ الشارح صرّح بالتحليف أخذا من قولهم يحلف فى كل موضع لو أقرّ به لزمه ثم قد علمت أن كون القول للكفيل مخالف لما فى المتن فانه يقتضى انه لا يكتفى بقول الكفيل لا اعرف مكانه مالم يصدّقه الطالب أو يبرهن عليه الكفيل نعم ما فى المتن يمشى على قول البعض المعبر عنه فى الفتح بقيل وذلك يفيد ضعفه (تنبيه) قال فى النهر ولم أر مالو برهنا وينبغى أن تقدّم بينة الطالب لانّ معها زيادة علم (قوله ويبرأ الكفيل بالنفس بموت المكفول به) اى يبرأ اصلا بموت الشخص المطلوب والمراد أنها تبطل بموته كما عبر به فى الكنز وغيره لتحقق عجز الكفيل عن احضاره كما فى النهر اى عجزا مستمرّا بخلاف الجهل بمكانه لاحتمال

ثم قال كفل على انه بالخيار عشرة ايام او اكثر صح بخلاف البيع لانّ مبناها على التوسع (وان شرط تسليمه فى وقت بعينه احضره فيه ان طلبه) كدين مؤجل حلّ (فان أحضره) فيها (والا حبسه الحاكم) حين يظهر مطله ولو ظهر عجزه ابتداء لا يحبسه عينى (فان غاب) أمهله مدّة ذهابه وايابه ولو لدار الحرب عينى وابن ملك (و) لو (لم يعلم مكانه لا يطالب به) لانه عاجز (ان ثبت ذلك بتصديق الطالب) زيلعى زاد فى البحر (أو بينة أقامها الكفيل) مستدلا بما فى القنية غاب المكفول عنه فللدائن ملازمة الكفيل حتى يحضره وحيلة دفعه أن يدّعى الكفيل عليه أن خصمك غائب غيبة لا تدرى فبين لى موضعه فان برهن على ذلك تندفع عنه الخصومة ولو اختلفا فان له خرجة للتجارة معروفة أمر الكفيل بالذهاب اليه والا حلف انه لا يدرى موضعه ثم فى كل موضع قلنا بذهابه اليه للطالب أن يستوثق بكفيل من الكفيل لئلا يغيب الآخر (ويبرأ) الكفيل بالنفس

العلم به بعد قلنا قالوا هنا لا يطالب به وقالوا هنا تبطل وأما ما فى البزازية والخلاصة من انه لو كان المكفول به غائبا لا يعلم مكانه ولا يوقف على أثره يجعل كالموت ولا يحبسه فالمراد به انه كالموت فى عدم المطالبة فى الحال ولذا قال ولا يحبسه لا فى بطلان الكفالة وسقوط المطالبة اصلا والا خالف كلامهم متونا وشروحا ونبهنا على ذلك تمهيدا لما نذكره قريبا من حادثة الفتوى (قوله بموت المكفول به) هذا شامل لبراءة كفيل الكفيل بموت الكفيل ولبراءتهما بموت الاصيل قال فى الخانية الكفيل بالنفس اذا أعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الاصيل برئ الكفيلان وكذا لو مات الكفيل الاول برئ الكفيل الثانى اهـ قال فى البحر وأشار باقتصاره فى بطلانها على موت المطلوب والكفيل الى انها لا تبطل بابراء الاصيل وتمامه فيه وسيذكره الشارح قبيل كفالة المال (قوله أراد به الخ) كذا فى المنح ولا يخفى أن التوهم باق وذلك انه قال فى الخلاصة لو كفل بنفس عبد فمات العبد برئ الكفيل ان كان المدعى به المال على العبد وان كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ وضمن قيمته اهـ ففى المسألتين المكفول به نفس العبد لكن المدعى به فى الاولى المال على العبد وفى الثانية رقبة العبد فقول المصنف ولو عبدا يوهم انه شامل للمسألتين مع انه لا يبرأ بموت العبد فى الثانية وان تعذر تسليمه بالموت بل تلزمه قيمته فلابد فى دفع التوهم من أن يقول ولو عبدا ادعى عليه مال تأمل (قوله وسيجيء) اى فى الباب الآتى مالو كفل برقبته اى بأن كان المدعى به رقبة العبد وهى المسألة الثانية وستجيء المسألتان جميعا قبيل الحوالة (قوله وبموت الكفيل) اى الكفيل بالنفس لان الكلام فيه أما الكفيل بالمال فلا تبطل بموته لان حكمها بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه ان كانت بأمره وكان الدين حالا فلو مؤجلا فلا رجوع حتى يحل الاجل بحر وتمامه فى الفتح (قوله بل وارثه اووصيه يطالب الكفيل) فان سلمه الى أحد الورثة أو أحد الوصيين خاصة فللباقى المطالبة باحضاره بحر عن الينابيع وقد يشكل عليه قولهم أحد الورثة ينتصب خصما للميت فيما له وعليه نهر قلت فى جامع الفصولين أحد الورثة يصلح خصما عن المورث فيما له وعليه ويظهر ذلك فى حق الكل الا أن له قبض حصته فقط اذا ثبت حق الكل اهـ وبه يظهر الجواب وذلك أن حق المطالبة ثابت لكل واحد من الورثة فاذا استوفى أحدهم حقه لا يسقط حق الباقين لان له استيفاء حقه فقط وانما قام مقام الباقين فى اثبات حقهم فافهم (قوله وقيل يبرأ) اى الكفيل بموت الطالب (قوله ويبرأ بدفعه الى من كفل له) اى بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول هذا خصمك فخذه ان شئت وأطلقه فشمل ما اذا كان للتسليم وقت فسلمه قبله أولا لان الاجل حق الكفيل فله اسقاطه كالدين المؤجل اذا قضاه قبل الحلول بحر (قوله اى فى موضع يمكن الخ) ويشترط عندهما أن يكون هو المصر الذى كفل فيه لا عند الامام وقولهما اوجه كما فى الفتح وقيل انه اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان وبيانه فى الزيلعى واحترز به عما لو سلمه فى برية اوسواد وتمامه فى النهر (قوله سواء قبله الطالب اولا) فيجبر على قبوله بمعنى أنه ينزل قابضا كالغاصب اذا رد العين والمديون اذا دفع الدين منح بخلاف ما اذا سلمه أجنبى فلا يجبر كما يأتى (قوله ويبرأ بتسليمه مرة) الا اذا كان فيها ما يقتضى التكرار كما اذا كفله على أنه كلما طلبه فله أجل شهر كما مر تقريره (قوله به يفتى) وهو قول زفر وهذا احدى المسائل التى يفتى فيها بقول زفر بحر وعدها سبعا وقال وليس المراد الحصر قلت وقد زدت عليها مسائل وذكرتها منظومة فى النفقات قال فى النهر وفى الواقعات الحسامية جعل هذا رأيا للمتأخرين لا قولا لزفر ولفظه والمتأخرون من مشايخنا يقولون جواب الكتاب أنه يبرأ اذا سلمه فى السوق او فى موضع آخر فى المصر بناء على عاداتهم فى ذلك الزمان أما فى زماننا فلا يبرأ لان الناس يعينون المطلوب على الامتناع عن الحضور لغلبة الفسق فكان الشرط مفيدا فيصح وبه يفتى اهـ وهو الظاهر اذ كيف يكون هذا اختلاف عصر وزمان مع أن زفر كان فى ذلك الزمان اهـ قلت فيه نظر ظاهر فكم من مسألة اختلف فيها الامام واصحابه وجعلوا الخلاف فيها بسبب اختلاف الزمان كمسألة الاكتفاء بظاهر العدالة وغيرها وكالمسألة المارة آنفا وبعد نقل الثقات ذلك عن زفر كيف ينفى بكلام يحتمل أنه مبنى على قوله والمشاهد اختلاف الزمان فى مدة يسيرة (قوله ولو سلمه عند الامير) اى وقد شرط تسليمه عند القاضى (قوله عند قاض آخر) اى غير قاضى الرساتيق كما أجاب بعضهم واستحسنه فى القنية لان أغلبهم ظلمة قال ط قلت ولا خصوص للرساتيق ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم (قوله ابن ملك) ونص كلامه فى شرحه على المجمع ولو سلمه فى السجن وقد حبسه

مطلب
كفالة النفس لا تبطل بابراء الاصيل بخلاف كفالة المال

(بموت المكفول به ولو عبدا) أراد به دفع توهم أن العبد مال فاذا تعذر تسليمه لزمه قيمته وسيجيء مالو كفل برقبته (وبموت الكفيل) وقيل يطالب وارثه باحضاره سراج (لا) بموت (الطالب) بل وارثه اووصيه يطالب الكفيل وقيل يبرأ وهبانية والمذهب الاول (و) يبرأ (بدفعه الى من كفل له حيث) اى فى موضع (يمكن مخاصمته) سواء قبله الطالب أولا (وان لم يقل) وقت التكفيل (اذا دفعته اليك فأنا برىء) ويبرأ بتسليمه مرة قال سلمته اليك بجهة الكفالة أولا ان طلبه منه والافلابد أن يقول ذلك (ولو شرط تسليمه فى مجلس القاضى سلمه فيه ولم يجز) تسليمه (فى غيره) به يفتى فى زماننا لتهاون الناس فى اعانة الحق ولو سلمه عند الامير أو شرط تسليمه عند هذا القاضى فسلمه عند قاض آخر جاز بحر ولو سلمه فى السجن لو سجن هذا القاضى أو سجن أمير البلد فى هذا المصر جاز ابن ملك

غير الطالب لا يبرأ لانه لا يتمكن من احضاره مجلس الحكم وفى المحيط هذا اذا كان السجن سجن قاض آخر فى بلد آخر أما لو كان سجن هذا القاضى أو سجن أمير البلد فى هذا المصر يبرأ وان كان قد حبسه غير الطالب لان سجنه فى يده فيخلى سبيله حتى يجيب خصمه ثم يعيده الى السجن اه وفى البحر عن البزازية ولو ضمن وهو محبوس فسلمه فيه يبرأ ولو اطلق ثم حبس ثانيا فدفعه اليه فيه ان الحبس الثانى فى امور التجارة ونحوها صح الدفع وان فى امور السلطان ونحوها لا اه وفى كافى الحاكم واذا حبس المكفول به بدين أو غيره أخذت الكفيل لانه يقدر على أن يفكه مما حبس به بأداء حق الذى حبسه اه اى اذا لم يمكنه تسليمه كما يعلم من كلام المحيط المار (قوله وكذا يبرأ الكفيل بتسليم المطلوب نفسه) هذا اذا كانت الكفالة بالامر أى أمر المطلوب والا فلا يبرأ كما فى السراج عن الفوائد والوجه فيه ظاهر لانها اذا كانت بغير أمره لا يلزم المطلوب الحضور فليس مطالبا بالتسليم فاذا سلم نفسه لا يبرأ الكفيل نهر وفى التتارخانية لو كفل بنفسه بلا أمره فلا مطالبة للكفيل عليه الا أن يجده فيسلمه فيبرأ اه وعليه فلا يأثم بعدم التمكين منه فله الهرب بخلاف ما اذا كانت بأمره وكذا قولهم له منعه من السفر انما هو اذا كانت بأمره أفاده فى البحر (قوله وبتسليم وكيل الكفيل) لو قال وبتسليم نائبه لكان أجود وأفود لان كفيل الكفيل لو سلمه برئ الكفيل أيضا كما فى الخانية نهر (قوله ورسوله اليه) اى الى الطالب بأن دفع المطلوب الى رجل يسلمه الى الطالب على وجه الرسالة فيقول الرجل ان الكفيل ارسل معى هذا لاسلمه اليك (قوله لان رسوله الى غيره كالاجنبى) تعليل لمفهوم قوله اليه فان مفهومه أنه لا يبرأ لو كان رسولا الى غيره بمجرد التسليم ومثاله كما فى ط لو قال الكفيل لشخص خذ هذا وسلمه لفلان ليسلمه للطالب فأخذه الرسول وسلمه الى الطالب بنفسه فانه يكون كتسليم الاجنبى (قوله وفيه) اى فى تسليم الاجنبى يشترط اى زيادة على الشرط الذى بعده قبول الطالب قال فى البحر وقيد بالوكيل والرسول لانه لو سلمه أجنبى بغير امر الكفيل وقال سلمت اليك عن الكفيل وقف على قبوله فان قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت لا اه (قوله ويشترط أن يقول كل واحد من هؤلاء) اى الثلاثة وهم المطلوب والوكيل والرسول وهذا دخول على المتن أراد به التنبيه على امرين أحدهما أن قول المصنف من كفالته قيد فى الكل لا فى الوكيل والرسول فقط كما قد يتوهم من عبارة المصنف حيث كرر لفظ بتسليم ولا فى المطلوب فقط كما يتوهم من عبارة الكنز حيث قدم قوله من كفالته على تسليم الوكيل ثانيهما أنه لا يكفى قصد كون التسليم عن الكفالة بل لا بد من التصريح به بأن يقول سلمت اليك عن الكفيل من كفالته فافهم لكن اقتصر فى الدرر على قوله عن الكفيل وعزاه الى الخانية واقتصر فى البحر على قوله عن الكفالة وعبر فى الفتح مرة بالاول ومرة بالثانى فعلم انه لا يلزم الجمع بينهما فلو زاد الشارح كلمة أو بأن قال او من كفالته لكان اولى (قوله والا لا يبرأ) اى ان لم يقل أحد هؤلاء ذلك لا يبرأ الكفيل (قوله ابن كمال) ومثله فى الفتح والبحر والمنح وغيرها (قوله فان قال ان لم أواف الخ) قيد بعدم الموافاة للاحتراز عما فى البزازية كفل بنفسه على انه متى طالبه سلمه فان لم يسلمه فعليه ما عليه ومات المطلوب وطالبه بالتسليم وعجز لا يلزمه المال لان المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح فاذا لم تصح المطالبة لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال فلم يجب اه بحر (قوله اى آت) ومثله ان لم أدفعه اليك أو ان غاب عنك نهر (قوله فهو) اى القائل وهو من تتمة المقول بالمعنى لانه انما يقول فأنا ضامن لما عليه أو عندى كما فى الخانية وتقدم (قوله لما عليه) أشار الى أنه لا يشترط تعيين قدر المال كما يأتى وقيد بقوله لما عليه لانه لو قال فالمال الذى لك على فلان رجل آخر وهو ألف درهم فهو على جاز فى قول أبى يوسف وقال محمد الكفالة بالنفس جائزة والكفالة بالمال باطلة لانه مخاطرة اذا كان المال على غيره وانما يجوز اذا كان المال عليه استحسانا ولو كفل بنفس رجل للطالب عليه مال فلزم الطالب الكفيل وأخذ منه كفيلا بنفسه على أنه ان لم يواف به فالمال الذى على المكفول به الاول عليه جاز وليس هذا كالذى عليه مال ولم يكفل به أحد كذا فى كافى الحاكم (قوله مع قدرته عليه) صرح بهذا القيد الزيلعى والشمنى فى شرح النقاية وكذا فى البحر وقال المصنف فى المنح انه قيد لازم لانه اذا عجز لا يلزمه الا اذا عجز بموت المطلوب او جنونه اه (قوله فلو عجز لحبس اومرض) اى مثلا فيدخل فيه ما اذا غاب المكفول به ولم يعلم مكانه فقد مر التصريح بأن ذلك عجز وقد علمت أن شرط ضمان المال عدم الموافاة مع القدرة وحيث صرحوا بأن الغيبة المذكورة عجز عن الموافاة لم تتحقق القدرة ولم يستثنوا من العجز الا العجز بموت المطلوب او جنونه

(وكذا يبرأ) الكفيل (بتسليم المطلوب نفسه) لحصول المقصود (وبتسليم وكيل الكفيل) لقيامه مقامه (ورسوله) اليه لان رسوله الى غيره كالاجنبى وفيه يشترط قبول الطالب ويشترط أن يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك عن الكفيل درر (من كفالته) اى بحكم الكفالة عينى والا لا يبرأ ابن كمال فليحفظ (فان قال ان لم اواف) اى آت (به غدا فهو ضامن لما عليه) من المال (فلم يواف به مع قدرته عليه) فلو عجز لحبس أومرض لم يلزمه المال

فدخلت الغيبة المذكورة فى العجز وأما ماقدمناه عن الخلاصة والبزازية من أن الغيبة المذكورة كالموت فقدمنا أن المراد أنها مثله فى سقوط المطالبة فى الحال لا من كل وجه على أن ذلك مذكور فى كفالة النفس والموت هنالك مبطل للكفالة بالنفس ومسقط للمطالبة بالكلية وليس هنالك كفالة بالمال وهنا المراد ثبوت كفالة المال المعلقة على عدم الموافاة مع القدرة والموت هنا محقق لكفالة المال ومثبت للضمان فاذا جعلت الغيبة المذكورة كالموت بالمعنى المراد فيما مرّ وهو سقوط المطالبة بالنفس للعجز عن تسليمه لا يلزم منه ثبوت ضمان المال المعلق على عدم الموافاة مع القدرة بل يلزم عدم ثبوته لتحقق العجز وان جعلت كالموت بالمعنى المراد هنا وهو ثبوت الضمان نافى قولهم مع القدرة وقد علمت أن الغيبة المذكورة عجز مناف للضمان وأنهم لم يستثنوا من العجز الا الموت والجنون على أن جعلها كالموت فى ثبوت الضمان خلاف ما أراده فى البزازية والخلاصة لانهما انما ذكرا ذلك فى كفالة النفس المجردة عن كفالة المال وقد صرح اصحاب المتون وغيرهم بأن الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالتسليم وذلك مناف لثبوت الضمان اى ضمان النفس فلا يصح الاستدلال بتلك العبارة على كون الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالمال فى مسألتنا وانما تسقط المطالبة بالنفس فقط وأما المطالبة بالمال فهى حكم الكفالة الاخرى المعلقة على عدم الموافاة مع القدرة فاذا وجد ما علقت عليه ثبتت والا فلا ومع الغيبة المذكورة لم توجد القدرة فلا تثبت المطالبة بالمال كما لا يخفى فاذا علمت ذلك ظهر لك جواب حادثة الفتوى قريبا من كتابتى لهذا المحل وهى رجلان عليهما ديون فكفلهما زيد كفالة مال وكفلهما عند زيد أربعة رجال على انهم ان لم يوافوه بالمطلوبين عند حلول الاجل فالمال المذكور عليهم ثم حل الاجل وأدى زيد الى اصحاب الديون وطالب الاربعة بالمطلوبين فأحضروا له أحدهما وعجزوا عن احضار الآخر لكونه سافر الى بلاد الحرب ولا يدرى مكانه فأجبت بأنه لا يلزمهم المال للعجز عن الموافاة بالغيبة المذكورة فعارضنى الحاكم الشرعى بعبارة البزازية المارة فأجبته بما حررته والله سبحانه اعلم (قوله كما أفاده بقوله الخ) اى أفاد بعضه لانه لم يذكر الجنون لكن يفهم حكمه من الموت لان المستحق عليه تسليم يكون ذريعة الى الخصام ولا يتحقق ذلك مع الجنون كالموت (قوله أو مات المطلوب) يعنى بعد الغد كذا فى الفتح وبهذا يزول اشكال المسألة وهو أن شرط الضمان عدم الموافاة مع القدرة ولا شك انه لا قدرة على الموافاة بالمطلوب بعد موته فاذا قيد الموت بما بعد الغد يكون قد وجد شرط الضمان قبله لان فرض المسألة عدم الموافاة به غدا كما نبه عليه الشارح بقوله فى الصورة المذكورة اى المقيدة بالغد لكن مفاده انه لو لم يقيد بالغد لا يثبت الضمان بالموت مع انه صرح فى الفتح أيضا بأنه لا فرق بين المقيد والمطلق فليتأمل ثم رأيت فى كافى الحاكم قيد بقوله فمات المكفول به قبل الاجل ثم حل الاجل فالمال على الكفيل فهذا مخالف لقول الفتح يعنى بعد الغد (قوله فى الصورتين) اى صورة عدم الموافاة مع القدرة وصورة موت المطلوب وموت المطلوب وان أبطل الكفالة بالنفس فانما هو فى حق تسليمه الى الطالب لا فى حق المال بحر (قوله بشرط متعارف) فلو قال ان وافيتك به غدا فعلىّ ما عليه ثم وافى به لم يلزمه المال لانه شرط لزومه ان احسن اليه كذا فى منية المفتى يعنى انه تعليق بشرط غير متعارف نهر لكن فى جامع الفصولين لو قال ان وافيتك به غدا والا فعلىّ المال لم تصح الكفالة بخلاف ان لم أوافك به غدا اهـ واستشكل فى نور العين الفرق بين المسألتين لان قوله والا فعلىّ المال بمعنى ان لم أوافك به غدا قلت الظاهر أن قوله والا زائد والصواب اسقاطه بدليل كلام المنية وبه يزول الاشكال تدبر (قوله لعدم التنافى) اذ كل منهما للتوثق ولعله يطالبه بحق آخر يدعى به غير المال الذى كفل به معلقا كما فى الفتح (قوله لفقد شرطه) وهو بقاء الكفالة بالنفس لزوالها بالابراء وطولب بالفرق بينه وبين موت المطلوب فانها بالموت زالت أيضا وأجيب بأن الابراء وضع لفسخ الكفالة فتنفسخ من كل وجه والانفساخ بالموت انما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر اذ لا ضرورة الى تعديه الى الكفالة بالمال كذا فى الفتح نهر (قوله طلب وارثه) اى طلب وارثه من الكفيل احضار المكفول به فى الوقت وان مضى الوقت طلب منه المال (قوله طولب وارثه) اى باحضار المكفول به فى الوقت وبالمال بعده (قوله فان دفعه) تفريع على قوله ولو مات الكفيل الخ (قوله فالقول للطالب) ويكون الامر على ما كان فى الابتداء ولا يمين على واحد منهما لان كلا منهما مدع الكفيل البراءة والطالب الوجوب ولا يمين على المدعى عندنا بحر عن نظم الفقه (قوله ولو اختفى الطالب) اى عند مجىء الوقت (قوله نصب القاضى

٢ مطلب
حادثة الفتوى

٢

الا اذا عجز بموت المطلوب أو جنونه كما أفاده بقوله (أو مات المطلوب) فى الصورة المذكورة (ضمن المال) فى الصورتين لانه علق الكفالة بالمال بشرط متعارف فصح ولا يبرأ عن كفالة النفس لعدم التنافى فلو أبرأه عنها فلم يواف به لم يجب المال لفقد شرطه قيد بموت المطلوب لانه لو مات الطالب طلب وارثه ولو مات الكفيل طولب وارثه درر فان دفعه الوارث الى الطالب برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعنى من تركة الميت عينى (ولو اختلفا فى الموافاة) وعدمها (فالقول للطالب) لانه منكرها (و) حينئذ فـ(المال لازم على الكفيل) خانية وفيها ولو اختفى الطالب فلم يجده الكفيل نصب القاضى عنه وكيلا

مطلب
فى المواضع التى ينصب فيها القاضى وكيلا بالقبض عن الغائب المتوارى

عنه وكيلا) أى فيسلمه اليه وكذا لو اشترى بالخيار فتوارى البائع أو حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن أو جعل أمرها بيدها ان لم تصل نفقتها فتغيبت فالمتأخرون على أن القاضى ينصب وكيلا عن الغائب فى الكل وهو قول أبى يوسف كذا فى الخانية قال أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وانما روى فى بعض الروايات عن أبى يوسف ولو فعله القاضى فهو حسن نهر (قوله ولا يصدق الكفيل الخ) الاولى ذكره بعد قوله لانه منكرها (قوله ادعى على آخر حقا) أفاد أنه لا فرق بين أن يبين مقدارا أصلا او يبين المقدار ولم يبين صفته وقد جمع بين المسألتين الامام محمد فى الجامع الصغير واقتصر فى الكنز على الثانية قال فى النهر ولو تبعه المصنف لكان أولى والخلاف الآتى جار فيهما خلافا لما يوهمه كلام البحر (قوله لتصح الدعوى) علة للمنفى بل أفاد أن صحة الدعوى وقت الكفالة غير شرط (قوله اى فعليه المائة) أى المائة الدينار المذكورة والاولى أن يزيد مائة دينار منكرة لاجل قوله حقا وقيد بكونه كفل بقدر معلوم لما فى كافى الحاكم من انه لو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما للطالب عليه من شئ فلم يواف به فى الغد وقال الكفيل لا شئ لك عليه فالقول له مع يمينه على علمه وكذلك اذا أقر الكفيل بمائة والمطلوب بمائتين صدق المطلوب على نفسه ولم يصدق على الكفيل ولو قال فعليه من المال ما أقر به المطلوب فأقر المطلوب بألف فالكفيل ضامن لها ولو قال فعليه ما ادعى الطالب وادعى ألفا وأقر له بها المطلوب فالقول للكفيل مع يمينه على علمه اه (قوله فعليه المائة) هذا قول الامام والثانى آخرا وقال محمد ان لم يبينها ثم ادعى وبينها لا تلزمه وتمامه فى النهر (قوله اما بالبينة الخ) تابع فيه صاحب النهر وكأنه أخذه مما يأتى عن السراج من اشتراط اقرار المدعى عليه بالمال والبينة مثل الاقرار لكن هذا مخالف لكلام المصنف وغيره من أن القول للمدعى كما يأتى (قوله والقول له أى للكفيل) عبارة المصنف فى المنح أى للمكفول له وهى الصواب وقد تبع الشارح الدرر واعترضه فى العزمية بقوله هذا سهو ظاهر والصواب للمدعى أما دراية فلان قولهم لانه يدعى الصحة يشهد بذلك فان ادعاء الصحة لا يوافق مدعاه وأما رواية فلقوله فى معراج الدراية ويكون القول له فى هذا البيان لانه يدعى الصحة والكفيل يدعى الفساد ذكره فى الذخيرة اه وفى غاية البيان ويقبل قول المدعى انه أراد ذلك عند الدعوى لانه يدعى الصحة اه ما فى العزمية وفى النهاية فاذا بين المدعى ذلك عند القاضى ينصرف بيانه الى ابتداء الدعوى والملازمة فتظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله فى هذا البيان لانه يدعى صحة الكفالة اه ومثله فى شرح الجامع الصغير لقاضى خان فهذه العبارات صريحة فى المراد وهو ظاهر عبارات المتون والهداية (قوله وكلام السراج يفيد الخ) وذلك حيث قال ولو ادعى على رجل ألفا فأنكره فقال له رجل ان لم أوافك به غدا فهى على فلم يوافه به غدا لا يلزمه شئ لان المكفول عنه لم يعترف بوجود المال ولا اعترف الكفيل بها أيضا فصار هذا مالا معلقا بخطر فلا يجوز اه (قوله فليحرر) لا يخفى أن ما فى السراج لا يعارض ما فى مشاهير كتب المذهب التى ذكرناها وقال السائحانى الذى تحرر لى أن يحمل ما فى السراج على قول محمد وقول أبى يوسف ثانيا اه وهو ظاهر ولا يقال ان قول السراج فأنكره يفيد التوفيق بحمل كلامهم على الاقرار لانه خلاف ما فرض به المسألة فى كافى الحاكم من كون الكفيل والمطلوب منكرين للمال (قوله فى دعوى حد وقود) قيد بالدعوى لان الكفالة بنفس الحد والقود لا تجوز اجماعا كما يأتى اذ لا يمكن استيفاؤهما من الكفيل وقيد بالقصاص لانه فى القتل والجراحة خطأ يجبر على الكفيل اجماعا لان الموجب هو المال نهر (قوله مطلقا) أى فى حقه تعالى أو حق عبد وهذا راجع لقوله حد والاولى ذكره عقبه (قوله وسرقة) هذا ألحقه التمرتاشى وجعله من حقوق العباد لكون الدعوى فيه شرطا بخلاف غيره لعدم اشتراطها بحر قلت قد صرح به الحاكم فى الكافى حيث قال ولو ادعى رجل قبل رجل أنه سرق مالا منه وقال بينتى حاضرة فانه يؤخذ له كفيل بنفسه ثلاثة أيام ولو قال قد قبضت منه السرقة ولكنى أريد أن أقيم الحد لم يؤخذ منه كفيل ثم قال واذا أقام شاهدين على السارق وعلى السرقة وهى بعينها فى يديه لم يؤخذ منه كفيل ولكن يحبس وتوضع السرقة على يدى عدل حتى يزكى الشهود اه قلت والظاهر أنه يحبس ولا يكفل فى الثانية لانه صار متهما بقيام البينة قبل التزكية والمتهم يحبس كما يأتى وفى الاولى لم يحبس لان الحبس عقوبة فلا يفعلها قبل الشهادة (قوله كتعزير) قال فى الكافى لو ادعى رجل قبل رجل شتيمة فيها تعزير وقال بينتى حاضرة آخذ له منه كفيلا بنفسه

قوله لا فرق بين أن يبين الخ هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه حرف النفى والاصل بين أن لا يبين الخ تأمل اه مصححه

٢ قوله قوله أى فعليه المائة هكذا بخطه بضمير الغيبة والذى فى نسخ الشارح التى بيدى أى فعلى المائة بضمير التكلم وليحرر اه مصححه

ولا يصدق الكفيل على الموافاة الا بحجة (ادعى على آخر) حقا عينى أو (مائة دينار ولم يبينها) أجيدة أم رديئة أم اشرفية لتصح الدعوى (فقال) رجل للمدعى دعه فأنا كفيل بنفسه و (ان لم أوافك به غدا فعليه) اى فعلى (المائة فلم يواف) الرجل (به غدا فعليه المائة) التى بينها المدعى اما بالبينة أو باقرار المدعى عليه وتصح الكفالتان لانه اذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة بالنفس فترتب عليها الثانية (والقول له) أى للكفيل (فى البيان) لانه يدعى صحة الكفالة وكلام السراج يفيد اشتراط اقرار المدعى عليه بالمال فليحرر (لا يجبر المدعى عليه (على اعطاء الكفيل بالنفس فى) دعوى (حد وقود) مطلقا وقالا يجبر فى قود وحد قذف وسرقة كتعزير

ثلاثة ايام لانه ليس بحد وهو من حقوق الناس ألا ترى انه لو عفا عنه وتركه جاز ثم قال وان أقام عليه شاهدين بالشتمة لم يحبس ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود فان زكوا عزره القاضي اسواطا وان رأى أن لا يضربه وأن يحبسه اياما عقوبة فعل وان كان المدعى عليه رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا اعزره اذا كان ذلك أول مافعل اه (قوله لانه حق آدمي) ظاهره أن ما كان اى من التعزير من حقوقه تعالى لا يجوز به التكفيل كالحد بحر (قوله والمراد بالجبر) اى على قولهما كما فى البحر (قوله الملازمة) اى بأن يدور معه الطالب حيث دار كيلا يتغيب عنه واذا أراد دخول داره فان شاء المطلوب ادخله معه والا منعه الطالب عنه نهر (قوله جاز) لانه أمكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم هداية قال فى الفتح ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمح بها فى الحدود الخالصة لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص فى الفوائد الخبازية على أن ذلك فى الحدود التى للعباد فيها حق كحد القذف لا غير اه نهر وفى البحر قدمنا أنه لا تجوز بنفس من عليه فى الحدود الخالصة (قوله وظاهر كلامهم) اى حيث اقتصروا على هذه الثلاثة وقد أسمعناك التصريح به فى الفتح عن الخبازية وذكره قبل ذلك أيضا حيث قال بخلاف الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنى والشرب لا تجوز الكفالة وان طابت نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة او قبلها ثم ذكر وجهه (قوله فليكن التوفيق) اى فليكن ظاهر كلامهم المذكور توفيقا بين ماذكره المصنف من أنه لو أعطى كفيلا برضاه جاز وبين ماسيجىء بحمل ما هنا على حقوق العباد وما سيجىء على حقوقه تعالى لكن فيه أن الكفالة بنفس الحد لا تصح مطلقا لان حد السرقة وان كان ملحقا بحقوق العباد كما مر لكن اذا قال قبضت السرقة وقال اريد اقامة الحد لم يؤخذ له كفيل كما قدمناه فالاظهر أن يكون مراده أن ماسيجىء من قولهم لا تصح بنفس حد وقود هو التوفيق بينه وبين ما هنا من انه لو أعطى كفيلا برضاه جاز فان ذاك فى انها لا تصح بنفس الحد والقود وما هنا من الجواز فى دعوى الحد والقود كما أشار اليه أولا حيث قال فى دعوى حد وقود (قوله ولا حبس فيهما) اى فى الحدود والقصاص (قوله يعرفه القاضي بالعدالة) اى فلا يحتاج الى تعديله (قوله لان الحبس للتهمة مشروع) اى والتهمة تثبت بأحد شطرى الشهادة العدد أو العدالة فتح وهذا جواب عما قد يقال الحبس أقوى من الكفالة فاذا لم يؤاخذ بالادنى كيف يؤاخذ بالاقوى فأجاب بأن الحبس للتهمة لا للحد أفاده السائحانى (قوله وكذا تعزير المتهم) اى فى غير هذه المسألة والافهى أيضا من تعزير المتهم فان الحبس من انواع التعزير وعبارة البحر وكلامهم هنا يدل ظاهرا على أن القاضى يعزر المتهم وان لم يثبت عليه وقد كتبت فيها رسالة وحاصلها أن ما كان من التعزير من حقوقه تعالى لا يتوقف على الدعوى ولا على الثبوت بل اذا أخبر القاضى عدل بذلك عزره لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين او عدل والحبس تعزير اه ملخصا وحاصله جواز تعزير المتهم فيما هو من حقوقه تعالى ويدل عليه ما قدمناه آنفا عن الكافى من جواز حبسه اذا اقيمت البينة على السرقة حتى تزكى الشهود بخلاف ما اذا اقيمت على شتمه فانه يكفل ولا يحبس الا بعد تزكيتهم فحينئذ يضرب او يحبس (تنبيه) أورد فى النهر أن تعزير القاضى المتهم وان لم يثبت عليه مبنى على خلاف المفتى به عند المتأخرين من أنه ليس للقاضى أن يقضى بعلمه ثم أجاب بأن الخلاف فيما كان من حقوق العباد أما فى حقوقه تعالى فيقضى فيها بعلمه اتفاقا ثم قال فما يكتب من المحاضر فى حق انسان فان للحاكم أن يعتمده من العدول ويعمل بموجبه فى حقوقه تعالى اه ملخصا قلت وهذا خاص بالتعزير لان قضاءه بعلمه فى الحدود الخالصة لا يصح اتفاقا كما صرح به فى الفتح قبيل باب التحكيم وكذا فى شرح الوهبانية للشرنبلالى وجزم به فى شرح ادب القضاء بلا حكاية خلاف فما أجاب به فى النهر غير صحيح وسيأتى تمام الكلام على ذلك ان شاء الله تعالى فى باب كتاب القاضى الى القاضى (قوله الا فى أربع) استثناء من قوله لا يلزم أحدا (قوله كفيل نفس) اى عند القدرة أشباه (قوله وسجان قاض) اى اذا خلى رجلا من المسجونين حبسه القاضى بدين عليه فلرب الدين أن يطلب السجان باحضاره كما فى القنية أشباه وقيد باحضاره اذ لا يلزمه الدين لعدم موجبه (قوله والاب فى صورتين) الاولى الاب اذا أمر أجنبيا بضمان ابنه فطلبه الضامن منه الثانية ادعى الاب مهر ابنته من الزوج فادعى الزوج أنه دخل بها وطلب من الاب احضارها فان كانت تخرج فى حوائجها أمر القاضى الاب باحضارها وكذا

لانه حق آدمى والمراد بالجبر الملازمة لا الحبس (ولو اعطى) برضاه كفيلا فى قود وقذف وسرقة (جاز) اتفاقا ابن كمال وظاهر كلامهم أنها فى حقوقه تعالى لا تجوز نهر قلت وسيجىء انها لا تصح بنفس حد وقود فليكن التوفيق (ولا حبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو) واحد (عدل) يعرفه القاضى بالعدالة لان الحبس للتهمة مشروع وكذا تعزير المتهم بحر (فوائد) لا يلزم أحدا احضار أحد فلا يلزم الزوج احضار زوجته لسماع دعوى عليها الا فى اربع كفيل نفس وسجان قاض والاب فى صورتين فى الاشباه

مطلب
فى تعزير المتهم

مطلب
لا يلزم احد احضار احد الا فى اربع

وفى حاشيتها لابن المصنف معزيا لاحكامات العمادية الاب يطالب باحضار طفله اذا تغيب وفيها القاضى يأخذ كفيلا باحضار المدعى وكذا المدعى عليه الا فى أربع مكاتبه ومأذونه ووصى ووكيل اذا لم يثبت المدعى الوصاية والوكالة وفى شرح المجمع عن محمد اذا كان المدعى عليه معروفا لايجبر على الكفيل ولو كان غريبا لايجبر اتفاقا بل حقه فى اليمين فقط اه بابراء الاصيل يبرأ الكفيل الا كفيل النفس الا اذا قال لاحق لى قبله ولا لموكلى ولا ليتيم أنا وصيه ولا لوقف أنا متوليه فحينئذ يبرأ الكفيل اشباه

(و) أما (كفالة المال) ف(تصح به

مطلب
كفالة المال

مطلب
كفالة المال قسمان كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه

لوادعى الزوج عليها شيأ آخر والا أرسل اليها أمينا من أمنائه ذكره الولوالجى اشباه قلت والمقصود من طلب احضارها أن يسألها القاضى عن دعوى الزوج أنه دخل بها فان أقرت بذلك أجبرها القاضى على المسير الى بيت الزوج وان أنكرت فالقول قولها كذا فى الولوالجية وهكذا فهمته قبل أن أراه ولله تعالى الحمد فافهم وهذا مبنى على القول بأنها بعد الدخول بها برضاها ليس لها منع نفسها لقبض المهر (قوله الاب يطالب باحضار طفله اذا تغيب) اى اذا كان مأذونا فى التجارة وطلب من رجل أن يضمنه فافهم وهذه غير الاولى من الصورتين السابقتين وقدمناه عن الكافى وكذا قال فى جامع الفصولين من الاحكامات لو تغيب الغلام وآخذ الكفيل أبا الغلام وقال أنت أمرتنى أن أضمنه فخلصنى فان الاب يؤاخذ به حتى يحضر ابنه اذ الصبى فى يده وتدبيره وكذا قالوا ان الصبى المأذون لو أعطى كفيلا بنفسه ثم تغيب الصبى فان الاب يطالب باحضاره بخلاف اجنبى قال اكفل بنفس زيد وكفل فغاب زيد فالآمر بالكفالة لا يطالب باحضار زيد لانه لم يكن بيده وتدبيره اه (قوله وفيها) اى فى الاشباه (قوله باحضار المدعى) بالفتح اى المدعى به اذا كان منقولا (قوله وكذا المدعى عليه) اى يأخذ من المدعى عليه كفيلا بنفسه اذا برهن المدعى ولم تزك شهوده أو أقام واحدا او ادعى وقال شهودى حضور ولا يجبر على اعطاء كفيل بالمال أشباه (قوله الا فى اربع الخ) عبارة الاشباه ويستثنى من طلب كفيل بنفسه اذا كان المدعى عليه وصيا أو وكيلا ولم يثبت المدعى الوصاية والوكالة وهما فى أدب القضاء للخصاف وما اذا ادعى بدل الكتابة على مكاتبه او دينا غيرها وما اذا ادعى العبد المأذون الغير المديون على مولاه دينا بخلاف ما اذا ادعى المكاتب على مولاه او المأذون المديون فانه يكفل كذا فى كافى الحاكم اه (قوله اذا لم يثبت المدعى الوصاية والوكالة) لان المدعى عليه اذا أنكر كونه وصيا أو وكيلا لم يكن خصما عن الميت أو الغائب بل هو أجنبى فاذا قال المدعى عندى بينة على كونه وصيا أو وكيلا لم يؤخذ له كفيل من المدعى عليه بنفسه لان الوصاية أو الوكالة ليست حقا على المدعى عليه أما لو أثبت ذلك وأراد أن يثبت دينا له على الميت او الموكل فقد صار المدعى عليه خصما فاذا قال للقاضى لى بينة حاضرة فى المصر فخذ لى كفيلا بنفسه الى ثلاثة ايام مثلا فانه يجيبه هذا ما ظهر لى فى تقرير هذا المحل (قوله لايجبر على الكفيل) وفى ظاهر الرواية يجبر كما أنه يجبر على اعطاء الكفيل وان كان المال حقيرا ط عن حاشية أبى السعود (قوله الا كفيل النفس) فان الطالب اذا أقر أنه لا حق له قبل المكفول به فان أبا حنيفة قال له أن يأخذ الكفيل به ألا ترى أنه يكون وصيا يثبت عليه أو وكيلا فى خصومة كافى (قوله وأما كفالة المال الخ) معطوف على قوله وكفالة النفس قال فى شرح الملتقى وزاد بعضهم الكفالة بتسليم المال ويمكن دخوله فى المال فلا يحتاج الى جعله قسما ثالثا فتأمل اه وهو ظاهر ما فى البحر عن التتارخانية له مال على رجل فقال رجل للطالب ضمنت لك ما على فلان أن اقبضه وأدفعه اليك قال ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه من عنده انما هو على أن يتقاضاه ويدفعه اليه وعلى هذا معانى كلام الناس ولو غصب من مال رجل ألفا فقال له المغصوب منه وأراد أخذها منه فقال رجل لا تقاتله فأنا ضامن لها آخذها وأدفعها اليك لزمه ذلك ولو كان الغاصب استهلك الالف وصارت دينا كان هذا الضمان باطلا وكان عليه ضمان التقاضى اه فهذه الالفاظ لا تكون كفالة بنفس المال بل بتقاضيه وهذا اذا لم يذكره معلقا ففى جامع الفصولين قال دينك الذى على فلان أنا ادفعه اليك أنا اسلمه أنا أقبضه لا يكون كفيلا ما لم يتكلم بلفظة تدل على الالتزام ثم قال لو أتى بهذه الالفاظ منجزا لا يصير كفيلا ولو معلقا كقوله لو لم يؤد فأنا أؤدى فأنا أدفع يصير كفيلا اه وقد علم بما مر أن كفالة المال قسمان كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه ومن الثانى الكفالة بتسليم عين كامانة ونحوها كما يأتى ومنه أيضا قوله ولو غصب من مال رجل الخ لان دراهم الغصب تتعين فيجب ردعينها لو قائمة بخلاف ما اذا هلكت لانها تصير دينا فلا تصح الكفالة بدفعها بل يصير كفيلا بالتقاضى وبه ظهر الفرق بين المسألتين (قوله فتصح به) اطلقه فشمل ما اذا كان الاصيل مطالبا به الآن اولا فتصح عن العبد المحجور بما يلزمه بعد العتق باستهلاك اوقرض ويطالب الكفيل الآن كما لو فلس القاضى المديون وله كفيل فان المطالبة تتأخر عن الاصيل دون الكفيل كما فى التتارخانية نهر وشمل كفالة المال عن الاصيل وعن الكفيل بأن كفل عن الكفيل كفيل آخر بما على الاصيل كما قدمناه اول الباب عن الكافى وقال فى البحر اطلق صحتها فشمل كل من عليه المال حرا كان او عبدا مأذونا او محجورا صبيا او بالغا رجلا او امرأة

مسلما كان أو ذميا وكل من له المال لكن فى البزازية الكفالة للصبى التاجر صحيحة لانه تبرع عليه وللصبى العاقل غير التاجر روايتان اه وذكر الحاكم الشهيد أن الجواز قول أبى يوسف وفى التتارخانية اذا كفل رجل لصبى ان كان الصبى تاجرا صح بخطابه وقبوله وان كان محجورا فان قبل عنه وليه أو أجنبى وأجازوليه جاز وان لم يخاطب ولى ولا أجنبى بل الصبى فقط فعلى الخلاف اه قلت والظاهر أن مبنى الخلاف على أنه هل يشترط فى الكفالة القبول فى المجلس ولو من فضولى وعند أبى يوسف لا يشترط وسيأتى اختلاف التصحيح وقد صرحوا بانه يصح ضمان الولى مهر الصغيرة وسيأتى تمام الكلام عليه (قوله ولو المال مجهولا) لا بتنائها على التوسع وقد أجمعوا على صحتها بالدرك مع أنه لا يعلم كم يستحق من المبيع نهر ويأتى فى المتن أربعة أمثلة للمجهول وفى الفتح وما نوقض به من أنه لو قال كفلت لك بعض مالك على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزمه أن يبين اى مقدار شاء اه وفى البحر عن البدائع لو كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء اه ومثله فى الكافى (قوله اذا كان ذلك المال دينا صحيحا) يأتى تفسيره ودخل فيه المسلم فيه فتصح الكفالة به كما عزاه الحانوتى الى شرح التكملة ويشترط أيضا أن يكون الدين قائما كما قدمه اول الباب (قوله كما سيجىء) فى قوله ولا لشريك بدين مشترك فهذا دين صحيح لا تصح به الكفالة (قوله لان قسمة الدين قبل قبضه لا يجوز) لانه اما أن يكفل نصفا مقدرا فيكون قسمة الدين قبل قبضه او نصفا شائعا فيصير كفيلا لنفسه لان له أن يأخذ من المقبوض نصفه كما فى النهر عن المحيط (قوله والا فى مسألة النفقة المقررة) ما قبل هذا الاستثناء وما بعده استثناء من صريح قوله اذا كان دينا صحيحا وهذا استثناء من مفهومه فانه يفهم منه أنه اذا كان الدين غير صحيح لا تصح الكفالة فقال الا فى مسألة النفقة المقررة فانها تصح الكفالة بها مع أنها دين غير صحيح لسقوطها بموت او طلاق وهذا اذا كانت غير مستدانة بأمر القاضى والا فهى دين صحيح لا يسقط الا بالقضاء او الابراء والمراد بالمقررة ما قررمنها بالتراضى أو بقضاء القاضى وتصح الكفالة أيضا بالنفقة المستقبلة كما يذكره الشارح بعد أسطر مع انها لم تصر دينا اصلا وأما ما قدمه أول الباب من انها لا تصح بالنفقة قبل الحكم فمحمول على الماضية لانها تسقط بالمضى الا اذا كانت مقررة بالتراضى او بقضاء القاضى كما حررناه هنالك (قوله والا فى بدل السعاية) اى كما اذا اعتق بعضه وسعى فى باقيه وفى كافى الحاكم والمستسعى فى بعض قيمته بعد ما عتق بمنزلة المكاتب فى قول أبى حنيفة لا تجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه وكذلك المعتق عند الموت اذا لم يخرج من الثلث فتلزمه السعاية وأما المعتق على جعل فهو بمنزلة الحر والكفالة للمولى بالجعل عنه وغيره جائزة اه (قوله فيلغز أى دين صحيح الخ) فيقال هو بدل السعاية وكذا الدين المشترك كما علمته قال فى النهر فان قلت دين الزكاة كذلك ولا تصح الكفالة به قلت انما لم تصح لانه ليس دينا حقيقة من كل وجه اه قلت وفى قوله كذلك نظر لان الدين الصحيح ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء ودين الزكاة يسقط بالموت وبهلاك المال فلا يرد السؤال من أصله (قوله وأى دين ضعيف) هو دين النفقة (قوله ولو حكما) اى ولو كان الابراء حكما ط (قوله بفعل) الباء للسببية ط (قوله فيسقط دين المهر) الاولى فدخل دين المهر الساقط بمطاوعتها ط (قوله للابراء الحكمى) لان تعمدها ذلك قبل الدخول مسقط لمهرها فكأنها أبرأته منه لكن بقى أن المهر يسقط نصفه بالطلاق قبل الدخول مع أنه لم يوجد من الزوج ابراء أصلا لا حقيقة ولا حكما اذ لا يتصور كون الطلاق قبل الدخول ابراء من نصف المهر لانه بطلاقه سقط عنه لا عنها وقد يجاب بأن المهر وجب بنفس العقد لكن مع احتمال سقوطه بردتها او تقبيلها ابنه او تنصفه بطلاقها قبل الدخول ويتأكد لزوم تمامه بالوطء ونحوه حتى انه بعد تأكده بالدخول لا يسقط وان كانت الفرقة من قبل المرأة كالثمن اذا تأكد بقبض المبيع كما قدمناه فى باب المهر وقد صرحوا هنالك بصحة كفالة ولى الصغيرة بالمهر وكذا كفالة وكيل الكبيرة ولم يقيدوه بكونه بعد الدخول ووجه ذلك والله تعالى أعلم أن احتمال سقوطه او سقوط نصفه لا يضر لانه بعد السقوط تظهر براءة الكفيل كما لا يضر احتمال سقوط ثمن المبيع باستحقاق المبيع أو برده بخيار عيب اوشرط اورؤية فان الكفيل به يبرأ من الكفالة مع أن الثمن عند العقد كان دينا صحيحا يصدق عليه أنه لا يسقط الا بالاداء او الابراء اى لا يسقط الا بذلك ما لم يعرض له مسقط ناسخ لحكم العقد وهو لزوم الثمن لانه بأحد هذه الاشياء ظهر أن العقد غير ملزم للثمن فى حق العاقدين فكذا عقد النكاح يلزم به تمام المهر بحيث لا يسقط

ولو) المال (مجهولا اذا كان) ذلك المال (دينا صحيحا) الا اذا كان الدين مشتركا كما سيجىء لان قسمة الدين قبل قبضه لا يجوز ظهيرية والا فى مسألة النفقة المقررة فتصح مع أنها تسقط بموت وطلاق اشباه وكأنهم أخذوا فيها بالاستحسان للحاجة لا بالقياس والا فى بدل السعاية عنده بزازية وكأنه ألحق ببدل الكتابة والا فهو لا يسقط لانه لا يقبل التعجيز فيلغز أى دين صحيح ولا تصح الكفالة به وأى دين ضعيف وتصح به (و) الدين الصحيح (هو ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء) ولو حكما بفعل يلزمه سقوط الدين فيسقط دين المهر بمطاوعتها لابن الزوج للابراء الحكمى ابن كمال

الا بالاداء او الابراء مالم يعرض له مسقط لكله او نصفه لانه انعقد من اصله محتملا لسقوطه بذلك المسقط فاذا عرض ذلك المسقط تبين أنه لم يجب من اصله بخلاف سقوطه بالاداء او الابراء فانه مقتصر على الحال وبهذا التقرير ظهر أنه لا حاجة الى مانقله عن ابن كمال فاغتنم ذلك ولله الحمد (قوله فلا تصح ببدل الكتابة) وكذا لا تصح الكفالة بالدية كما فى الخلاصة والبزازية وفى الظهيرية واعلم أن الكفالة ببدل الكتابة والدية لا تصح اه ونقلها فى التتارخانية عن الظهيرية ولم ينقل فيه خلافا ونقلها صاحب النقول عن الخلاصة رملى ولعل وجهه أن الدية ليست دينا حقيقة على العاقلة لانها انما تجب اولا على القاتل ثم على العاقلة بطريق التحمل والمعاونة والظاهر أنها لو وجبت فى مال القاتل كما لو كانت باعترافه تصح الكفالة بها فتأمل وفى كافى الحاكم قال ان قتلك فلان خطأ فأنا ضامن لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن لديته (قوله بالتعجيز) بدل من قوله بدونهما وحاصله أن عقد المكاتبة عقد غير لازم من جانب العبد فله أن يستقل باسقاط هذا الدين بأن يعجز نفسه متى أراد فلم يكن دينا صحيحا لان العقد من اصله لم ينعقد ملزما لبدل الكتابة لانه دين للسيد على عبده ولا يستحق السيد على عبده دينا ولذا ليس له حبسه به فظهر الفرق بينه وبين المهر والثمن فتدبر (قوله ولو كفل) اى ضمن بدل الكتابة (قوله يعنى الخ) هذا ذكره صاحب النهر (قوله وسيجىء) اى عند قوله وبالعهدة وبالخلاص (قوله قيد آخر) هو اذا حسب انه مجبر على ذلك لضمانه السابق قلت ويظهر من هذا انه يرجع على المولى لانه دفع له مالا على ظن لزومه له ثم تبين عدمه وحينئذ فلا فائدة للقيد الاول الا اذا كان المراد الرجوع على المكاتب تأمل ثم رأيت بعض المحشين ذكر نحو ماقلته (قوله بكفلت الخ) أشار الى أن الكفالة بالمال لا تكون به مالم يدل عليه دليل والا كانت كفالة نفس والى أن سائر ألفاظ الكفالة المارة فى كفالة النفس تكون كفالة مال أيضا كما حررناه هنالك والى ما فى جامع الفصولين من انه لو قال دينك الذى على فلان أنا ادفعه اليك أنا اسلمه أنا اقبضه لا يصير كفيلا مالم يتكلم بلفظة تدل على الالتزام كقوله كفلت ضمنت على الى وقدمنا عنه قريبا فى أنا ادفعه الخ لو أتى بهذه الالفاظ منجزا لا يصير كفيلا ولو معلقا كقوله لو لم يؤد فأنا اؤدى فأنا ادفع يصير كفيلا (قوله بمالك عليه) قال فى البحر وسيأتى أنه لا بد من البرهان أن له عليه كذا أو اقرار الكفيل والا فالقول له مع يمينه اه وقدمنا عن الفتح صحة الكفالة بكفلت ببعض مالك عليه ويجبر الكفيل على البيان (قوله وهذا يسمى ضمان الدرك) بفتحتين وبسكون الراء وهو الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع وتمامه فى البحر وشرطه ثبوت الثمن على البائع بالقضاء كما سيذكره المصنف آخر الباب ويأتى بيانه (قوله وبما بايعت فلانا فعلى) معطوف على قوله بكفلت فهو متعلق أيضا بتصح لا على قوله بألف اذ لا يناسبه جعل ما شرطية جوابها قوله فعلى (قوله وكذا قول الرجل الخ) فى الخانية قال لغيره ادفع الى فلان كل يوم درهما على أن ذلك على فدفع حتى اجتمع عليه مال كثير فقال الآمر لم أرد جميع ذلك كان عليه الجميع بمنزلة قوله ما بايعت فلانا فهو على يلزمه جميع ما بايعه وهو كقوله لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة أبدا يلزمه النفقة أبدا مادامت فى نكاحه ولو قال لها مادمت فى نكاحه فنفقتك على فان مات أحدهما او زال النكاح لا تبقى النفقة اه وقدمنا فى باب النفقات لزوم الكفيل نفقة العدة أيضا (قوله وما غصبك فلان) وكذا ما اتلف لك المودع فعلى وكذا كل الامانات جامع الفصولين (قوله ماهنا شرطية) اى فى قوله ما بايعت وما غصبك (قوله اى ان بايعته فعلى لا ما اشتريته) أراد بيان أمرين كون ما لمجرد الشرط مثل ان وكون المكفول به الثمن لا المبيع بقرينة التعليل وعبارة الدرر أظهر فى المقصود حيث قال اى ما بايعت منه فانى ضامن لثمنه لا ما اشتريته فانى ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز كما سيأتى ثم قال وما فى هذه الصور شرطية معناه ان بايعت فلانا فيكون فى معنى التعليق اه وما كتبه ح هنا لا يخفى ما فيه على من تأمله فافهم (تنبيه) قيد بضمان الثمن لما فى البحر عن البزازية لو قال بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلى لم يصح اه قال الخير الرملى وهو صريح بأن من قال استأجر طاحونة فلان وما أصابك من خسران فعلى لم يصح وهى واقعة الفتوى اه (قوله لما سيجىء) اى فى قوله ولا بمبيع قبل قبضه وهذا فى البيع الصحيح وسيأتى تمامه (قوله بأن بايعه الخ) تصوير للقبول دلالة وعبارة النهر هكذا وفى الكل يشترط القبول الا أنه فى البزازية قال طلب من غيره قرضا فلم يقرضه فقال رجل أقرضه فما أقرضته فأنا ضامن فأقرضه فى الحال من غير أن يقبل ضمانه صريحا يصح

(فلا تصح ببدل الكتابة) لانه يسقط بدونهما بالتعجيز ولو كفل وأدى رجع بما أدى بحر يعنى لو كفل بأمره وسيجىء قيد آخر (بكفلت) متعلق بتصح (عنه بألف) مثال المعلوم (و) مثال المجهول بأربعة امثلة (بمالك عليه وبما يدركك فى هذا البيع) وهذا يسمى ضمان الدرك (وبما بايعت فلانا فعلى) وكذا قول الرجل لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة أبدا مادامت الزوجية ثانية فليحفظ (وما غصبك فلان فعلى) ما هنا شرطية اى ان بايعته فعلى لا ما اشتريته لما سيجىء أن الكفالة بالمبيع لا تجوز وشرط فى الكل القبول اى ولو دلالة بان بايعه او غصب منه للحال نهر

ويكفي هذا القدر اه وينبغي أن يكون ما بايعت فلانا أو ما غصبك فعلي كذلك اذا بايعه أو غصب منه للحال اه ما في النهر قلت ما ذكره في المبايعة صحيح بخلاف الغصب فان الطالب مغصوب منه فكيف يتصور كون الغصب قبولا منه للكفالة لان الغصب فعل غيره أما المبايعة فهي فعله فاقدامه عليها في الحال يصح كونه قبولا منه فافهم (قوله الا في كلما) هذا ما مشى عليه العيني وابن الهمام قال في الفتح لان المعنى ان بايعته فعلي دركُ ذلك البيع وان ذاب لك عليه شئ فعلي وكذا ما غصبك فعلي واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الاولى فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن في المبايعة الثانية ذكره في المجرد عن أبي حنيفة نصا وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله اه (قوله وقيل يلزم) اي في ما مثل كلما وكذا الذي (قوله الا في اذا) اي ونحوها مما لا يفيد التكرار مثل متى وان قال في النهر وفي المبسوط لو قال متى أو اذا او ان بايعت لزمه الاول فقط بخلاف كلما وما اه وزاد في المحيط الذي اه ومقتضى ما مر عن الفتح أن ما في المبسوط رواية عن أبي يوسف وأن الاول قول الامام ونقل ط التصريح بذلك عن حاشية سري الدين على الزيلعي عن المحيط وغيره لكن ما في المبسوط هو الذي في كافي الحاكم ولم يذكر فيه خلافا فكان هو المذهب والحاصل الاتفاق على افادة التكرار في كلما وعلى عدمها في اذا ومتى وان والخلاف في ما (قوله وعليه القهستاني والشرنبلالي) ومشى عليه أيضا في جامع الفصولين (قوله ولو رجع عنه الكفيل الخ) في البزازية تبعا للمبسوط لو رجع عن هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته لم يلزمه بعد ذلك شئ ولم يشترط الولوالجي نهيه عند الرجوع حيث قال لو قال رجعت عن الكفالة قبل المبايعة لم يلزم الكفيل شئ وفي الكفالة بالذوب لا يصح والفرق أن الاولى مبنية على الامر دلالة وهذا الامر غير لازم وفي الثانية مبنية على ما هو لازم اه وهو ظاهر نهر اي لان قوله كفلت لك بما ذاب لك على فلان اي بما ثبت لك عليه بالقضاء كفالة بمحقق لازم بخلاف بما بايعته فانه لم يتحقق بعد بيانه ما في البحر عن المبسوط لان لزوم الكفالة بعد وجود المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل فأما قبل ذلك هو غير مطلوب بشئ ولا ملتزم في ذمته شيأ فيصح رجوعه يوضحه أن بعد المبايعة انما اوجبنا المال على الكفيل دفعا للغرور عن الطالب لانه يقول انما اعتمدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة اه (قوله وبخلاف ما غصبك الناس الخ) مرتبط بالمتن قال في الفتح قيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالته تمنع صحة الكفالة اه وقد ذكر الشارح ستة مسائل ففي الاولى جهالة المكفول عنه وفي الثانية والثالثة والرابعة جهالة المكفول بنفسه وفي الخامسة والسادسة جهالة المكفول له وهذا داخل تحت قوله الآتي ولا تصح بجهالة المكفول عنه الخ (قوله كقوله ما غصبك أهل هذه الدار الخ) اي لان فيه جهالة المكفول عنه بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلي فانه يصح فأيهم بايعه فعلى الكفيل والفرق أنه في الاولى ليسوا معينين معلومين عند المخاطب وفي الثانية معينون والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وفي التخيير لا تمنع نحو كفلت مالك على فلان أو فلان كذا في الفتح نهر وذكر في الفتح انه يجب كون اهل الدار ليسوا معينين معلومين عند المخاطب والا فلا فرق (قوله او علقت بشرط صريح) عطف على قوله بكفلت من حيث المعنى فانه منجز فهو في معنى قولك اذا نجزت او علقت الخ والمراد بالصريح ما صرح فيه بأداة التعليق وهي ان او احدى اخواتها فدخل فيه بالاولى ما كان في معنى التعليق مثل على فانه يسمى تقييدا بالشرط لا تعليقا محضا كما يعلم مما مر في بحث ما يبطل تعليقه او المراد بالصريح ما قابل الضمني في قوله ما بايعت فلانا فعلي فان المعنى ان بايعت كما في الفتح وقد عده في الهداية من امثلة المعلق بالشرط فافهم (قوله ملائم) اي موافق من الملاءمة بالهمز وقد تقلب ياء (قوله بأحد أمور) متعلق بموافق والباء للسببية ط (قوله بكونه شرطا الخ) بدل من أحد أمور بدل مفصل من مجمل ط وعبر في الفتح بدل الشرط بالسبب وقال فان استحقاق المبيع سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري (قوله او جحدك المودع) ومثله ان اتلف لك المودع وكذا كل الامانات كما قدمناه عن الفصولين (قوله او قتلك) اي خطأ كما في الفتح عن الخلاصة وقدمناه عن الكافي وقدمنا أيضا عن عدة كتب أن الكفالة بالدية لا تصح فليتأمل (فعلي الدية) أراد بها البدل فيشمل باقي الامثلة (قوله ورضي به المكفول) اي المكفول له (قوله بخلاف ان اكلك سبع) لان فعله غير مضمون لحديث جرح العجماء جبار (قوله او شرطا لامكان الاستيفاء الخ)

ولو باع ثانيا لم يلزم الكفيل الا في كلما وقيل يلزم الا في اذا وعليه القهستاني والشرنبلالي فليحفظ ولو رجع عنه الكفيل قبل المبايعة صح بخلاف الكفالة بالذوب وبخلاف ما غصبك الناس أو من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك أو من غصبته او قتلته فأنا كفيله فانه باطل كقوله ما غصبك أهل هذه الدار فأنا ضامنه فانه باطل حتى يسمى انسانا بعينه (أو علقت بشرط صريح ملائم) اي موافق للكفالة بأحد أمور ثلاثة بكونه شرطا للزوم الحق (نحو) قوله (ان استحق المبيع) او جحدك المودع اوغصبك كذا أو قتلك او قتل ابنك او صيدك فعلي الدية ورضي به المكفول جاز بخلاف ان اكلك سبع (او) شرطا (لامكان الاستيفاء

نحو ان قدم زيد) فعلىّ ماعليه من الدين وهو معنى قوله (وهو) اى والحال أن زيدا (مكفول عنه) اومضاربه اومودعه اوغاصبه . جازت الكفالة المتعلقة بقدومه لتوسله للاداء (او) شرطا (لتعذره) اى الاستيفاء (نحو ان غاب زيد عن المصر) فعلىّ وأمثلته كثيرة فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها (ولا تصح) ان علقت (بـ)ـغير ملائم (نحو ان هبت الريح اوجاء المطر) لانه تعليق بالخطر فتبطل ولا يلزم المال وما فى الهداية سهو كما حرّره ابن الكمال

مطلب
فى تعليق الكفالة بشرط غير ملائم وفى تأجيلها

اى لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء المال من الاصيل قال فى الفتح فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه (قوله وهو معنى قوله) اى ماذكر من كون التقدير فعلىّ ماعليه من الدين هو معنى قوله وهو مكفول عنه (قوله اومضاربه) الضمير فيه وفيما بعده يرجع الى المكفول عنه اهـ ح وقد أفاد أنه لابد أن يكون قدوم زيد وسيلة للاداء فى الجملة وان لم يكن اصيلا بخلاف ما اذا كان اجنبيا من كل وجه وهذا ما حققه فى النهر والرملى فى حاشية البحر ردّا على مافهمه فى البحر قلت ومن امعن النظر فى كلام البحر لم يجده مخالفا لذلك بل مراده ماذكر فانه ذكر أوّلا أن كلام القنية شامل لكون زيد أجنبيا ثم قال والحق انه لا يلزم أن يكون مكفولا عنه لما فى البدائع لانّ قدومه وسيلة الى الاداء فى الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو مضاربه اهـ ثم قال وعبارة البدائع ازالت اللبس وأوضحت كل تخمين وحدس اهـ فهذا ظاهر فى أنه لم يرد الاجنبىّ من كل وجه تأمل (قوله وامثلته كثيرة) منها ما فى الدراية ضمنت كل مالك على فلان ان توى وكذا ان مات ولم يدع شيأ فأنا ضامن وكذا ان حلّ مالك على فلان ولم يوافك به فهو علىّ وان حلّ مالك على فلان او ان مات فهو علىّ وقدّمنا عن الخانية ان غاب ولم اوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافى به بعد الغيبة وعن محمد ان لم يدفع مديونك او ان لم يقضه فهو علىّ ثم ان الطالب تقاضى المطلوب فقال المديون لا ادفعه ولا اقضيه وجب على الكفيل الساعة وعنه أيضا ان لم يعطك فأنا ضامن فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان ولو بعد التقاضى قال أنا اعطيك فان اعطاه مكانه او ذهب به الى السوق أو منزله وأعطاه جاز وان طال ذلك ولم يعطه لزم الكفيل وفى القنية ان لم يؤدّ فلان مالك عليه الى ستة اشهر فأنا ضامن له يصح التعليق لانه شرط متعارف نهر قلت ويقع كثيرا فى زماننا ان راح لك شئ عنده فأنا ضامن وهذا معنى قوله المارّ ان توى اى هلك وسيأتى فى الحوالة أن التوى عند الامام لا يتحقق الا بموته مفلسا (قوله ولا تصح ان علقت بغير ملائم الخ) اعلم أن ههنا مسألتين احداهما تأجيل الكفالة الى أجل مجهول فان كان مجهولا جهالة متفاحشة كقوله كفلت لك بزيد أو كفلت بما لك عليه الى أن يهب الريح أو الى أن يجىء المطر لا يصح ولكن تثبت الكفالة ويبطل الاجل ومثله الى قدوم زيد وهو غير مكفول به وان كان مجهولا جهالة غير متفاحشة مثل الى الحصاد او الدياس او المهرجان او العطاء او صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل وكذلك الحوالة ومثله الى أن يقدم المكفول به من سفره صرّح بذلك كله فى كافى الحاكم وكذا فى الفتح وغيره بلا حكاية خلاف وهذا لا نزاع فيه المسألة الثانية تعليق الكفالة بالشرط وهذا لا يخلو اما أن يكون شرطا ملائما اولا ففى الاول تصح الكفالة والتعليق وقد مرّ وفى الثانى وهو التعليق بشرط غير ملائم مثل أن يقول اذا هبت الريح او اذا جاء المطر أو اذا قدم فلان الاجنبىّ فأنا كفيل بنفس فلان أو بما لك عليه فالكفالة باطلة كما نقله فى الفتح عن المبسوط والخانية وصرّح به أيضا فى النهاية والمعراج والعناية وشرح الوقاية ومثله فى اجناس الناطفى حيث قال كل موضع أضاف الضمان الى ما هو سبب للزوم المال فذلك جائز وكل موضع أضاف الضمان الى ما ليس بسبب للزوم فذلك الضمان باطل كقوله ان هبت الريح فمالك على فلان فعلىّ اهـ وجزم بذلك الزيلعى وصاحب البحر والنهر والمنح ولكن وقع فى كثير من الكتب أنه يبطل التعليق وتصح الكفالة ويلزم المال حالا منها حاشية الهداية للخبازى وغاية البيان وكذا الكفاية للبيهقى حيث قال فان قال اذا هبت الريح أو دخل زيد الدار فالكفالة جائزة والشرط باطل والمال حال وكذا فى شرح العيون لابى الليث والمختار ووقع اختلاف فى نسخ الهداية ونسخ الكنز ففى بعضها كالاول وفى بعضها كالثانى وقد مال الى الثانى العلامة الطرسوسى فى انفع الوسائل وأرجع ما مرّ عن الخانية وغيرها اليه وردّ عليه العلامة الشرنبلالى فى رسالة خاصة وادّعى أن ما فى الخبازية مؤوّل وأرجعه الى ما فى الخانية وغيرها وردّ أيضا على قول الدرر ان فى المسألة قولين أقول والانصاف ما فى الدرر لانّ ارتكاب تأويل هذه العبارات وارجاع بعضها الى البعض يحتاج الى نهاية التكلف والتعسف والاولى اتباع ما مشى عليه جمهور شرّاح الهداية وشرّاح الكنز وغيرهم تبعا للمبسوط والخانية من بطلان الكفالة (قوله وما فى الهداية) حيث قال لا يصح التعليق بمجرّد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لانّ الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وتبعه صاحب الكافى لكن فى بعض نسخ الهداية بعد قوله أو جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منها اجلا وحينئذ فقوله الا انه تصح الكفالة الخ راجع الى مسألة الاجل فقط ولا ينافيه قوله لانّ الكفالة لما صح

تعليقها بالشرط الخ لان المراد به الشرط الملائم وقد أطال الكلام على تأويل عبارة الهداية فى البحر والنهر
وغيرهما (قوله ثم لو جعله أجلا) أى بأن قال الى هبوب الريح أو مجىء المطر ونحوه مما هو مجهول جهالة
متفاحشة فيبطل التأجيل وتصح الكفالة بخلاف ما كانت جهالته غير متفاحشة كالحصاد ونحوه فانها تصح
الى الاجل كما قدمناه آنفا (قوله فى تعليق) نحو ان غصبك انسان شيأ فأنا كفيل اهـ ح ويستثنى منه
ما سيأتى متنا آخر الباب وهو ما لو قال له اسلك هذا الطريق الخ وسيأتى بيانه (قوله واضافة) نحو ما ذاب
لك على الناس فعلىّ اهـ ح وقد صرح أيضا فى الفتح بأنه من جهالة المضمون فى الاضافة قلت ووجهه
أن ما ذاب ماض أريد به المستقبل كما يأتى فكان مضافا الى المستقبل معنى وعن هذا جعل فى الفصول
العمادية المعلق من المضاف لان المعلق واقع فى المستقبل أيضا وقدمنا انه فى الهداية جعل ما بايعت فلانا من
المعلق لانه فى حكمه من حيث وقوع كل منهما فى المستقبل وبه ظهر أن كلا منهما يطلق على الآخر نظرا الى المعنى
وأما بالنظر الى اللفظ فما صرح فيه بأداة الشرط فهو معلق وغيره مضاف وهو الاوضح فلذا غاير بينهما تبعا للفتح
فافهم (قوله لا تخيير) بالخاء المعجمة وسماه تخييرا لكون المكفول له مخيرا كما ذكره لكن الواقع فى عبارة الفتح
وغيره تنجيز بالجيم والزاى وهو الاصوب لان المراد به الحال المقابل للتعليق والاضافة المراد بهما المستقبل ووجه
جواز جهالة المكفول عنه فى التنجيز دون التعليق كما فى الفتح أن القياس يأبى جواز اضافة الكفالة لانها تمليك
فى حق الطالب وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فبقى المجهول على
القياس (قوله والتعيين للمكفول له لانه صاحب الحق) كذا فى البحر عند قوله وبالمال ولو مجهولا وتبعه فى النهر
لكن جعل فى الفتح الخيار للكفيل ونصه ولو قال رجل كفلت بمالك على فلان او مالك على فلان رجل آخر جاز
لانها جهالة المكفول عنه فى غير تعليق ويكون الخيار للكفيل اهـ ومثله ما فى كافى الحاكم لو قال أنا كفيل
بفلان أو فلان كان جائزا يدفع ايهما شاء الكفيل فيبرأ عن الكفالة ثم قال واذا كفل بنفس رجل أو بما عليه
وهو مائة درهم كان جائزا وكان عليه اىّ ذلك شاء الكفيل وأيهما دفع فهو برىء اهـ وبه علم أن ما هنا قول
آخر أو سبق قلم (قوله ولا بجهالة المكفول له) يستثنى منه الكفالة فى شركة المفاوضة فانها تصح مع جهالة
المكفول له لثبوتها ضمنا لا صريحا كما ذكره فى الفتح من كتاب الشركة (قوله وبه) أى ولا تصح بجهالة المكفول به
والمراد هنا النفس لا المال لما تقدم من أن جهالة المال غير مانعة من صحة الكفالة والقرينة على ذلك
الاستدراك اهـ ح قلت والظاهر أن المانع هنا جهالة متفاحشة لما علمت آنفا من قول الكافى لو قال أنا كفيل
بفلان أو فلان جاز تأمل (قوله مطلقا) أى سواء كانت فى تعليق أو اضافة أو تنجيز قال فى الفتح والحاصل
أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه فى
التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفى التنجيز لا تمنع اهـ ومراده بالمكفول به المال عكس ما فى الشرح
(قوله جاز) لان الجهالة فى الاقرار لا تمنع صحته بحر عن البزازية وذكر عنها أيضا لو شهدا على رجل انه كفل
بنفس رجل نعرفه بوجهه ان جاء به لكن لا نعرفه باسمه جاز (قوله لم يضمن) لان فعله جبار كما مر فى ان أكلك
سبع (قوله اى ما ثبت) قال فى المنصورية الذوب واللزوم يراد بهما القضاء فما لم يقض بالمكفول به بعد
الكفالة على المكفول عنه لا يلزم الكفيل وهذا فى غير عرف أهل الكوفة أما عرفنا فالذوب واللزوم عبارة
عن الوجوب فيجب المال وان لم يقض به اهـ ط وهذا أى ما ذاب ماض أريد به المستقبل كما فى الهداية
وسيذكره الشارح أيضا اى لانه فى معنى الشرط كما تقدم فلا يلزم الكفيل ما لم يقض به على الاصيل بعد الكفالة
لكنه هنا لا يلزمه شئ لجهالة المكفول عنه (قوله مثال للاول) وهو جهالة المكفول عنه (قوله ونحوه
ما بايعت الخ) أى هو مثال للاول أيضا (قوله مثال للثانى) أى جهالة المكفول له (قوله ولا تصح
بنفس حد وقصاص) أما لو كفل بنفس من عليه الحد تصح لكن هذا فى الحدود التى فيها للعباد حق كحد القذف
بخلاف الحدود الخالصة كما تقدم بيانه (قوله مستأجرة له) أى للعمل (قوله لانه يلزم الخ) قال
فى الدرر لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه أتى
بغير المعقود عليه ألا يرى أن المؤجر لو حمله على دابة أخرى لا يستحق الاجرة فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد
للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان الواجب على المؤجر الحمل مطلقا والكفيل يقدر عليه بأن يحمل

ثم لو جعله أجلا صحت ولزم المال
للحال فليحفظ (ولا) تصح أيضا
(بجهالة المكفول عنه) فى تعليق
واضافة لا تخيير ككفلت بمالك
على فلان أو فلان فتصح والتعيين
للمكفول له لانه صاحب الحق
(ولا بجهالة المكفول له) وبه
مطلقا ثم لو قال كفلت رجلا
أعرفه بوجهه لا باسمه جاز وأىّ
رجل أتى به وحلف انه هو برأ
بزازية وفى السراجية قال لضيفه
وهو يخاف على دابته من الذئب
ان أكل الذئب حمارك فأنا ضامن
فأكله الذئب لم يضمن (نحو
ما ذاب) أى ما ثبت (لك على الناس
أو) على (أحد منهم فعلىّ) مثال
للاول ونحوه ما بايعت به أحدا من
الناس معين الفتوى (أو ما ذاب)
عليك (للناس أو لاحد منهم عليك
فعلىّ) مثال للثانى (ولا) تصح
(بنفس حد وقصاص) لان النيابة
لا تجرى فى العقوبات (ولا بحمل
دابة معينة مستأجرة له وخدمة
عبد معين مستأجر لهما) أى
للخدمة لانه يلزم تغيير المعقود عليه

على دابة نفسه اهـ (قوله لا التسليم) لانه لو كان الواجب التسليم لزم صحة الكفالة فى المعينة أيضا لانّ الكفالة بتسليمها صحيحة كما يأتى (قوله ولا بمبيع قبل قبضه) بأن يقول للمشترى ان هلك المبيع فعلىّ درر لانّ ماليته غير مضمونة على الاصيل فانه لو هلك ينفسخ البيع ويجب ردّ الثمن كما ذكره صدر الشريعة (قوله ومرهون وأمانة) اعلم أنّ الاعيان امّا مضمونة على الاصيل أو أمانة فالثانى كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية والمستأجر فى يد المستأجر والمضمونة امّا بغيرها كالمبيع قبل القبض والرهن فانهما مضمونان بالثمن والدين وامّا بنفسها كالمبيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ونحوه مما تجب قيمته عند الهلاك وهذا تصح الكفالة به كما يذكره المصنف دون الاوّلين لفقد شرطها وهو أن يكون المكفول مضمونا على الاصيل لا يخرج عنه الا بدفع عينه أو بدله هذا خلاصة ما فى البحر وغيره (قوله فلو بتسليمها صح فى الكل) أى فى الامانات والمبيع والمرهون فاذا كانت قائمة وجب تسليمها وان هلكت لم يجب على الكفيل شئ كالكفيل بالنفس وقيل ان وجب تسليمها على الاصيل كالعارية والاجارة جازت الكفالة بتسليمها والا فلا درر اى وان لم يجب تسليمها على الاصيل كالوديعة ومال المضاربة والشركة فلا تجوز لانّ الواجب عليه عدم المنع عند الطلب لا الردّ وهذا التفصيل جزم به شرّاح الهداية (قوله ورجحه الكمال) أى رجح ما فى الدرر من صحتها فى تسليم الامانات كغيرها وحاصل ما ذكره الوجه عندى صحة الكفالة بتسليم الامانة اذ لا شك فى وجوب ردّها عند الطلب غير أنه فى الوديعة وأخويها يكون بالتخلية وفى غيرها بحمل المردود الى ربه قال فى الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة اهـ وما ذكره السرخسى من أن الكفالة بتسليم العارية باطلة فهو باطل لما فى الجامع الصغير والمبسوط انها صحيحة ونص القدورى انها بتسليم المبيع جائزة وأقرّه فى الفتح وانتصر له فى العناية بأنه لعله اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها واعترضه فى النهر بأنه أمر موهوم قال فى البحر وردّه على السرخسى مأخوذ من معراج الدراية ويساعده قول الزيلعى ويجوز فى الكل أن يتكفل بتسليم العين مضمونة أو أمانة وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جاز والا فلا فأفاد أنّ التفصيل بين أمانة وامانة ضعيف اهـ (قوله فلو هلك المستأجر) بفتح الجيم قال فى الفتح ولو عجز أى عن التسليم بأن مات العبد المبيع أو المستأجر أو الرهن انفسخت الكفالة على وزان كفالة النفس (قوله وصح لو ثمنا) أى صح تكفله الثمن عن المشترى واحترز به عن تكفل المبيع عن البائع فانه لا يصح لانه مضمون بغيره وهو الثمن كما تقدم والمراد بقوله لو ثمنا أى ثمن مبيع بيعا صحيحا لما فى النهر عن التتارخانية لو ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما اداه على البائع وان شاء على المشترى ولو فسد بعد صحته بأن ألحقا به شرطا فاسدا فالرجوع للمشترى على البائع يعنى والكفيل يرجع بما اداه على المشترى وكأن الفرق بينهما انه بظهور الفساد تبين أنّ البائع أخذ شيأ لا يستحقه فيرجع الكفيل عليه وان ألحقا به شرطا فاسدا لم يتبين أن البائع حين قبضه قبض شيأ لا يستحقه اهـ وفيه أيضا وقالوا لو استحق المبيع برئ الكفيل بالثمن ولو كانت الكفالة لغريم البائع ولو ردّ عليه بعيب بقضاء أو بغيره أو بخيار رؤية أو شرط برئ الكفيل الا أن تكون الكفالة لغريم فلا يبرأ والفرق بينهما فيما يظهر أنه مع الاستحقاق تبين أنّ الثمن غير واجب على المشترى وفى الردّ بالعيب ونحوه وجب المسقط بعد ما تعلق حق الغريم به فلا يسرى عليه اهـ (قوله الا أن يكون الخ) قال فى النهر وقدمنا انه لو كفل عن صبى ثمن متاع اشتراه لا يلزم الكفيل شئ ولو كفل بالدرك بعد قبض الصبى الثمن لا يجوز وان قبله جاز اهـ ومسألة الدرك فيما لو كان الصبى بائعا وهو الذى قدمه فى النهر عند قول الكنز اذا كان دينا صحيحا (قوله وكذا لو مغصوبا الخ) لان هذه الاعيان مضمونة بنفسها على الاصيل فيلزم الضامن احضارها وتسليمها وعند الهلاك تجب قيمتها وان مستهلكة فالضمان لقيمتها نهر بخلاف الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والرهن وبخلاف الامانات على ما تقدّم زيلعى (قوله والا فهو أمانة كما مرّ) أى فى البيوع واذا كان امانة لا يكون من هذا النوع بل من نوع الامانات وقد مرّ حكمها (قوله وبدل صلح عن دم) أى لو كان البدل عبدا مثلا فكفل به انسان صحت فان هلك قبل القبض فعليه قيمته بحر وتقييده بالدم يفيد أنّ الكفالة ببدل الصلح فى المال لا تصح لانه اذا هلك انفسخ لكونه كالبيع ط (قوله وخلع) عطف على صلح أى وبدل خلع (قوله ومهر) أى وبدل مهر فتصح الكفالة فى هذه المواضع بالعين كعبد مثلا لانّ هذه الاشياء لا تبطل بهلاك العين كما فى البحر

بخلاف غير المعين لوجوب مطلق الفعل لا التسليم (ولا بمبيع) قبل قبضه (ومرهون وأمانة) بأعيانها فلو بتسليمها صح فى الكل درر ورجحه الكمال فلو هلك المستأجر مثلا لا شئ عليه ككفيل النفس (وصح) أيضا (لو) المكفول به (ثمنا) لكونه دينا صحيحا على المشترى الا أن يكون صبيا محجورا عليه فلا يلزم الكفيل تبعا للاصيل خانية (و) كذا (لو مغصوبا أو مقبوضا على سوم الشراء) ان سمى الثمن والا فهو أمانة كما مرّ (ومبيعا فاسدا) وبدل صلح عن دم وخلع ومهر خانية والاصل أنها تصح بالاعيان المضمونة بنفسها لا بغيرها ولا بالامانات

قوله

(قوله بنوعيها) أى بالنفس والمال (قوله ولو فضوليا) أى ويتوقف على اجازة الطالب وبه ظهر أنّ شرط الصحة مطلق القبول وأمّا قبول الطالب بخصوصه فهو شرط النفاذ كما أفاده ابن الكمال وفى كافى الحاكم اكفل بكذا عن فلان لفلان فقال قد فعلت والطالب غائب ثم قدم فرضى بذلك جاز لانه خاطب به مخاطب وان لم يكن وكيلا وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل قدوم الطالب وفى البحر عن السراج لو قال ضمنت مالفلان على فلان وهما غائبان فقبل فضولى ثم بلغهما وأجازا فان أجاب المطلوب أوّلا ثم الطالب جازت وكانت كفالة بالامر وان بالعكس كانت بلا أمر وان لم يقبل فضولى لم تجز مطلقا وان كان الطالب حاضرا وقبل ورضى المطلوب فان رضى قبل قبول الطالب رجع عليه وان بعده فلا اهـ وعلله فى الخانية بأن الكفالة تمت اى بقبول الطالب اولا ونفذت ولزم المال الكفيل فلا تتغير باجازة المطلوب اهـ وبه علم أن اجازة المطلوب قبل قبول الطالب بمنزلة الامر بالكفالة فللكفيل الرجوع بما ضمن فتنبه لذلك (تنبيه) قدمنا انه لو كفل رجل لصبى صح بقبوله لو مأذونا والا فبقبول وليه او قبول أجنبى واجازة وليه وان لم يقبل عنه أحد فعلى الخلاف أى فعندهما لا يصح وعليه فلو ضمن للصغيرة مهرها لم يصح الا بقبول كما ذكروه ذا لو أجنبيا ففى باب الاولياء من الخانية زوّج صغيرته وضمن لها مهرها عن الزوج صح ان لم يكن فى مرض موته فاذا بلغت وضمنت الاب لم يرجع على الزوج الا اذا كان بأمره وان زوّج ابنه الصغير وضمن عنه المهر فى صحته جاز ويرجع بما ضمن فى مال الصغير قياسا وفى الاستحسان لا يرجع وتمامه هناك (قوله واختاره الشيخ قاسم) حيث نقل اختيار ذلك عن أهل الترجيح كالمحبوبى والنسفى وغيرهما وأقرّه الرملى وظاهر الهداية ترجيحه لتأخيره دليلهما وعليه المتون (قوله ولو أخبر عنها الخ) بيان لاستثناء مسألتين من قوله ولا تصح بلا قبول الطالب وفى استثناء الاولى نظر كما يظهر من التعليل (قوله بمال فلان) الاولى جعل ما موصولة وجعل اللام متصلة بفلان على أنها جارّة كما يوجد فى بعض النسخ (قوله وارث المريض) قيد به لانه لو قال هذا فى الصحة لم يجز ولم يلزم الكفيل شئ وهذا قول محمد وهو قول أبى يوسف الاوّل ثم رجع وقال الكفالة جائزة كافى وجزم بالاوّل فى الفتح عن المبسوط (قوله الملى) أى الذى عنده ما يفى بدينه (قوله لانها وصية) تعليل للثانية وترك تعليل الاولى لظهوره فان الاخبار عن العقد اخبار عن ركنيه الايجاب والقبول اهـ ح فليست فى الحقيقة كفالة بلا قبول وما ذكر فى وجه الاستحسان من انها وصية هو أحد وجهين فى الهداية قال ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم وانما تصح اذا كان له مال الوجه الثانى أنّ المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع للطالب فصار كما اذا حضر بنفسه فعلى الاوّل هى وصية لا كفالة وعلى الثانى بالعكس واعترض الاوّل بأنه يلزم عدم الفرق بين حال الصحة والمرض الا أن يؤوّل بأنه فى معنى الوصية وفيه بعد واعترض الثانى فى البحر بأنه لا فائدة فى الكفالة لانا حيث اشترطنا وجود المال فالوارث يطالب به على كل حال وأجاب فى النهر بأن فائدته تظهر فى تفريغ ذمته تأمّل قال فى النهر والاستثناء على الاوّل منقطع وعلى الثانى متصل ولذا كان ارجح الا أن مقتضاه مطالبة الوارث وان لم يكن للميت مال اهـ قلت الظاهر أن هذا وصية من وجه وكفالة من وجه فيراعى الشبه من الطرفين لانهم ذكروا للاستحسان وجهين متنافيين فعلم أنّ المراد مراعاتهما بالقدر الممكن والا لزم الغاؤهما (قوله الصحة اوجه) ايده فى الحواشى السعدية بأن الوارث حيث كان مطالبا بالدين فى الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فى الجملة فكان ينبغى أن لا تجوز كفالته فاذا جازت لما مرّ فى الوجهين فكفالة الاجنبى وهى سالمة عن هذا المانع أولى أن تصح اهـ وأقرّه فى النهر (قوله وحقق انها كفالة) أى وبنى عليه صحتها من الاجنبى لكن يرد عليه الغاء احد وجهى الاستحسان واذا مشينا على ما قلنا من اعمال الوجهين وتوفير الشبهين بالوصية والكفالة لم يضرّنا لانّ الاجنبى يصح كونه وصيا وكونه كفيلا (قوله لكن يرد عليه توقفها على المال) حيث قيد بكون المريض مليا والكفالة عن المريض لا تتوقف على المال قلت وهذا وارد على كونها كفالة من كل وجه وقد علمت أن لها شبهين واشتراط المال مبنى على شبه الوصية كما أن اشتراط المرض مبنى على شبه الكفالة دون الوصية (قوله لم أره) أصل التوقف لصاحب البحر والجواب لصاحب النهر ولا يخفى عدم افادته رفع التوقف لانّ مبنى التوقف وجود الشبهين نعم على ما حققه فى الفتح من انها كفالة حقيقة لا ينتظر لكن علمت ما فيه وقد يقال ان اشتراط المال مبنى على شبه الوصية دون الكفالة كما علمت وبه

مطلب فى ضمان المهر

(و) لا تصح الكفالة بنوعيها (بلا قبول الطالب) أو نائبه ولو فضوليا (فى مجلس العقد) وجوّزها الثانى بلا قبول وبه يفتى درر وبزازية وأقرّه فى البحر وبه قالت الائمة الثلاثة لكن نقل المصنف عن الطرسوسى أن الفتوى على قولهما واختاره الشيخ قاسم هذا حكم الانشاء (ولو أخبر عنها) بأن قال أنا كفيل بمال فلان على فلان (حال غيبة الطالب أو كفل وارث المريض) الملى (عنه) بأمره بأن يقول المريض لوارثه تكفل عنى بما على من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء (صح) فى الصورتين بلا قبول اتفاقا استحسانا لانها وصية فلو قال لاجنبى لم يصح وقيل يصح شرح مجمع وفى الفتح الصحة أوجه وحقق انها كفالة لكن يرد عليه توقفها على المال ولو له مال غائب هل يؤمر الغريم بانتظاره أو يطالب الكفيل لم أره وينبغى على انه وصية أن ينتظر لا على انها كفالة

وقيدنا بأمره لان تبرع الوارث بضمانه فى غيبتهم لا يصح وروى الحسن الصحة ولو ضمنه بعد موته صح سراج ولعله قول الثانى لما مر نهر وفى البزازية اختلفا فى الاخبار والانشاء فالقول للمخبر (و) لا تصح (بدين) ساقط ولو من وارث (عن ميت مفلس) الا اذا كان به كفيل أو رهن معراج أو ظهر له مال فتصح بقدره ابن ملك أو لحقه دين بعد موته فتصح الكفالة به بأن حفر بئرا على الطريق فتلف به شئ بعد موته لزمه ضمان المال فى ماله وضمان النفس على عاقلته لثبوت الدين مستندا الى وقت السبب وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة بحر وهذا عنده وصححاها مطلقا وبه قالت الثلاثة ولو تبرع به أحد صح اجماعا (و) لا تصح كفالة الوكيل (بالثمن للموكل) فيما وكل ببيعه لان حق القبض له بالاصالة فيصير ضامنا لنفسه ومفاده أن الوصى والناظر لا يصح ضمانهما الثمن عن المشترى فيما باعاه لان القبض لهما ولذا لو أبرآه عن الثمن صح وضمنا (و) لا تصح كفالة المضارب (لرب المال به) اى بالثمن لما مر ولان الثمن أمانة عندهما فالضمان تغيير لحكم الشرع (و) لا تصح (للشريك بدين مشترك) مطلقا ولو بارث لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح فى حصة صاحبه يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه وذا لا يجوز نعم لو تبرع جاز

يظهر أنه ليس المراد دفع الورثة من مالهم بل من مال الميت وذلك يفيد الانتظار ويفيد أيضا انه لو هلك المال بعد الموت لا يلزم الورثة ولم أره صريحا (قوله ولو ضمنه) أى لو ضمن الوارث المريض الملئ بعد موته فى غيبة الطالب (قوله ولعله قول الثانى لما مر) أى من تجويزه الكفالة بلا قبول وهذا الحمل متعين لانها اذا لم تصح عندهما فى حال الصحة لا تصح بعد الموت بالاولى ولان وجه كونها كفالة فى المرض قيام المريض مقام الطالب فى القبول (قوله اختلفا فى الاخبار والانشاء) راجع لمسألة المصنف الاولى أى اذا قال أنا كفيل زيد فقال الطالب كنت مخبرا بذلك فلا يحتاج لقبولى وقال الكفيل كنت منشئا للكفالة فالقول للمخبر لانه يدعى الصحة والآخر الفساد كذا فى شرح الجامع لقاضى خان (قوله بدين ساقط) أى بسبب موته مفلسا (قوله عن ميت مفلس) هو من مات ولا تركة له ولا كفيل عنه بحر (قوله الا اذا كان به كفيل أو رهن) استثناء من قوله ساقط ولو حذف ساقط اولا ثم علل بقوله لانه يسقط بموته ثم استثنى منه لكان أوضح يعنى أن الدين يسقط عن الميت المفلس الا اذا كان به كفيل حال حياته أو رهن قال فى البحر قيد بالكفالة بعد موته لانه لو كفل فى حياته ثم مات مفلسا لم تبطل الكفالة وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلسا لا يبطل الرهن لان سقوط الدين فى أحكام الدنيا فى حقه للضرورة فتتقدر بقدرها فأبقيناه فى حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة كذا فى المعراج ولا يلزم مما ذكر صحة الكفالة به حينئذ للاستغناء عنها بالكفيل وبيع الرهن ط (قوله أو ظهر له مال) فى كافى الحاكم لو ترك الميت شيأ لا يفى لزم الكفيل بقدره (قوله على الطريق) المراد به الحفر فى غير ملكه (قوله لزمه ضمان المال فى ماله وضمان النفس على عاقلته) هذا زيادة من الشارح على ما فى البحر (قوله وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة) والمستند يثبت أولا فى الحال ويلزمه اعتبار قوتها حينئذ به لكونه محل الاستيفاء بحر عن التحرير أى ويلزم ثبوته فى الحال اعتبار قوة الذمة حين ثبوته به أى بالدين وقوله لكونه محل الاستيفاء زيادة من البحر على ما فى التحرير (قوله وهذا) الاشارة الى ما فى المتن (قوله مطلقا) أى ظهر له مال اولا (قوله ولو تبرع به) أى بالدين اى بايفائه (قوله صح اجماعا) لانه عند الامام وان سقط لكن سقوطه بالنسبة الى من هو عليه لا بالنسبة الى من هو له فاذا كان باقيا فى حقه حل له أخذه (قوله ولا تصح كفالة الوكيل بالثمن) وكذا عكسه وهو توكيل الكفيل بقبض الثمن كما سيأتى فى الكفالة بحر قيد بالوكيل لان الرسول بالبيع يصح ضمانه الثمن عن المشترى ومثله الوكيل ببيع الغنائم عن الامام لانه كالرسول وقيد بالثمن لان الوكيل بتزويج المرأة لو ضمن لها المهر صح لكونه سفيرا ومعبرا بحر وقيد بالكفالة لانه لو تبرع باداء الثمن عن المشترى صح كما فى النهر عن الخانية (قوله فيما وكل ببيعه) الاولى أن يقول أى ثمن ما وكل ببيعه قيد به لان الوكيل بقبض الثمن لو كفل به يصح كما فى البحر (قوله لان حق القبض له بالاصالة) ولذا لا يبطل بموت الموكل وبعزله وجاز أن يكون الموكل وكيلا عنه فى القبض وللوكيل عزله وتمامه فى البحر (قوله ومفاده الخ) هو لصاحب البحر وتبعه فى النهر (قوله لو أبرآه) بمد الهمزة بضمير التثنية (قوله لما مر) أى فى الوكيل من قوله لان حق القبض له الخ (قوله ولان الثمن الخ) ذكره الزيلعى وقوله أمانة عندهما اى عند الوكيل والمضارب وهذا بعد القبض اشار به الى انه لا فرق فى عدم صحة الكفالة بين أن تكون قبل قبض الثمن أو بعده ووجه الاول ما مر ووجه الثانى أن الثمن بعد قبضه أمانة عندهما غير مضمونة والكفالة غرامة وفى ذلك تغيير لحكم الشرع بعدم ضمانه بلا تعد وأيضا كفالتهما بما قبضاه كفالة الكفيل عن نفسه وأما ما مر من صحة الكفالة بتسليم الامانة فذاك فى كفالة من ليست الامانة عنده (قوله ولا تصح للشريك الخ) مفهومه انه لو ضمن أجنبى لاحد الشريكين بحصته تصح والظاهر أنه يصح مع بقاء الشركة فما يؤديه الكفيل يكون مشتركا بينهما كما لو أدى الاصيل تأمل (قوله ولو بارث) تفسير للاطلاق وأشار به الى أن ما وقع فى الكنز وغيره من فرض المسألة فى ثمن المبيع غير قيد (قوله مع الشركة) بأن ضمن نصفا شائعا (قوله يصير ضامنا لنفسه) لانه ما من جزء يؤديه المشترى أو الكفيل من الثمن الا لشريكه فيه نصيب زيلعى (قوله ولو صح فى حصة صاحبه) بأن كفل نصفا مقدرا (قوله وذا لا يجوز) لان القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو أن يصير حق كل واحد منهما مفرزا فى حيز على جهة وذا لا يتصور فى غير العين لان الفعل الحسى يستدعى محلا حسيا والدين حكمى وتمامه فى الزيلعى (قوله نعم لو تبرع جاز) أى لو أدى نصيب شريكه

بلا سبق ضمان جاز ولا يرجع بما ادّى بخلاف صورة الضمان فانه يرجع بما دفع اذ قضاه على فساد كما فى جامع الفصولين (قوله كما لو كان صفقتين) بأن سمى كل منهما لنصيبه ثمنا صح ضمان احدهما نصيب الآخر لامتياز نصيب كل منهما فلا شركة بدليل أن له أى للمشترى قبول نصيب أحدهما فقط ولو قبل الكل ونقد حصة أحدهما كان للناقد قبض نصيبه وقد اعتبروا هنا لتعدد الصفقة تفصيل الثمن وذكروا فى البيوع أنّ هذا قولهما وأما قوله فلا بدّ من تكرار لفظ بعت بحر (قوله ولا تصح الكفالة بالعهدة) بأن يشترى عبدا فيضمن رجل العهدة للمشترى نهر (قوله لاشتباه المراد بها) لانطلاقها على الصك القديم أى الوثيقة التى تشهد للبائع بالملك وهى ملكه فاذا ضمن بتسليمها للمشترى لم يصح لانه ضمن ما لم يقدر عليه وعلى العقد وحقوقه وعلى الدرك وخيار الشرط فلم تصح الكفالة للجهالة نهر قلت فلو فسرها بالدرك صح كما لو اشتهر اطلاقها عليه فى العرف لزوال المانع تأمل (قوله ولا بالخلاص) أى عند الامام وقالا تصح والخلاف مبنى على تفسيره فهما فسراه بتخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك فى المعنى وفسره الامام بتخليص المبيع فقط ولا قدرة له عليه نهر (قوله متى ادّى بكفالة فاسدة رجع كصحيحة) لم أر هذه العبارة فى جامع الفصولين وانما قال فى صورة الضمان أى ضمان احد الشريكين يرجع بما دفع اذ قضاه على فساد فيرجع كما لو ادّى بكفالة فاسدة ونظيره لو كفل ببدل الكتابة لم يصح فيرجع بما ادّى اذ حسب انه مجبر على ذلك لضمانه السابق وبمثله لو أدّى من غير سبق ضمان لا يرجع لتبرعه وكذا وكيل البيع اذا ضمن الثمن لموكله لم يجز فيرجع ولو أدّى بغير ضمان جاز ولا يرجع اه (قوله ولو كفل بأمره) شمل الامر حكما كما اذا كفل الاب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات الاب وأخذ من تركته كان للورثة الرجوع فى نصيب الابن لانه كفالة بأمر الصبى حكما لثبوت الولاية فان ادّى بنفسه فان أشهد رجع والا لا كذا فى نكاح المجمع وكما لو جحد الكفالة فبرهن المدّعى عليها بالامر وقضى على الكفيل فادّى فانه يرجع وان كان متناقضا لكونه صار مكذبا شرعا بالقضاء عليه كذا فى تلخيص الجامع الكبير نهر وقدّمنا قريبا عند قول الشارح ولو فضوليا أن اجازة المطلوب قبل قبول الطالب بمنزلة الامر بالكفالة ونقله أيضا فى الدر المنتقى عن القهستانى عن الخانية وتأتى الاشارة اليه فى كلام الشارح قريبا (قوله اى بأمر المطلوب) فلو بأمر أجنبى فلا رجوع أصلا ففى نور العين عن الفتاوى الصغرى أمر رجلا أن يكفل عن فلان لفلان فكفل وأدّى لم يرجع على الآمر اه (قوله او على أنه علىّ) أى على أن ما تضمنه يكون علىّ قال فى الفتح فلو قال اضمن الألف التى لفلان علىّ لم يرجع عليه عند الاداء لجواز أن يكون القصد ليرجع أو لطلب التبرع فلا يلزم المال وهذا قول أبى حنيفة ومحمد اه لكن فى النهر عن الخانية على كعنى فلو قال اكفل لفلان بألف درهم علىّ أو انقده ألف درهم علىّ أو اضمن له الالف التى علىّ أو اقضه ماله علىّ ونحو ذلك رجع بما دفع فى رواية الاصل وعن أبى حنيفة فى المجرّد اذا قال لآخر اضمن لفلان الالف التى له علىّ فضمنها وأدّى اليه لا يرجع اه فعلم أنّ ما فى الفتح على رواية المجرّد وقد جزم فى الولوالجية بالرجوع وانما حكى الخلاف فى نحو اضمن له ألف درهم اذا لم يقل عنى أو هى له علىّ ونحوه فعندهما لا يرجع الا اذا كان خليطا وعند أبى يوسف يرجع مطلقا ومثله فى الذخيرة وكذا فى كافى الحاكم قال فى النهر وأجمعوا على أنّ المأمور لو كان خليطا رجع وهو الذى فى عياله من والد أو ولد أو زوجة أو أجير والشريك شركة عنان كذا فى الينابيع وقال فى الاصل والخليط أيضا الذى يأخذ منه ويعطيه ويداينه ويضع عنده المال والظاهر أنّ الكل يعطى لهم حكم الخليط وتمامه فيه قلت وما استظهره مصرّح به فى كافى الحاكم (قوله وهو غير صبى الخ) قال فى جامع الفصولين الكفالة بأمر انما توجب الرجوع لو كان الآمر ممن يجوز اقراره على نفسه فلا يرجع على صبى محجور ولو أمره ويرجع على القنّ بعد عتقه اه قال فى البحر بخلاف المأذون فيهما لصحة أمره وان لم يكن أهلا لها أى للكفالة (قوله رجع بما ادّى) شمل ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف بخمسمائة فيرجع بها لا بألف لانه اسقاط أو ابراء كما فى البحر وقال أيضا انّ قوله رجع بما ادّى مقيد بما اذا دفع ما وجب دفعه على الاصيل فلو كفل عن المستأجر بالاجرة فدفع الكفيل قبل الوجوب لا رجوع له كما فى اجارات البزازية اه قلت ونظيره ما لو ادّى الاصيل قبله ففى حاوى الزاهدى الكفيل بأمر الاصيل ادّى المال الى الدائن بعد ما ادّى الاصيل ولم يعلم به لا يرجع به لانه شئ حكمى فلا فرق فيه بين العلم والجهل

كما لو كان صفقتين (و) لا تصح الكفالة (بالعهدة) لاشتباه المراد بها (و) لا (بالخلاص) أى تخليص مبيع يستحق لعجزه عنه نعم لو ضمن تخليصه ولو بشراء ان قدر والا فيرد الثمن كان كالدرك عينى (فائدة) متى ادّى بكفالة فاسدة رجع كصحيحة جامع الفصولين ثم قال ونظيره لو كفل ببدل الكتابة لم يصح فيرجع بما ادّى اذا حسب انه مجبر على ذلك لضمانه السابق وأقره المصنف فليحفظ (ولو كفل بأمره) أى بأمر المطلوب بشرط قوله عنى أو على انه علىّ وهو غير صبى وعبد محجورين ابن ملك (رجع) عليه (بما ادّى)

كعزل الوكيل اه اى بل يرجع على الدائن (قوله ان ادّى بما ضمن) الاولى حذف الباء (قوله وان ادّى أردى) ان وصلية أى ان لم يؤدّ ما ضمن لا يرجع بما ادّى بل بما ضمن كما اذا ضمن بالجيد فأدّى الاردى أو بالعكس (قوله لملكه الدين بالاداء الخ) أى يرجع بما ضمن لا بما ادّى لان رجوعه بحكم الكفالة وحكمها انه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فانما له عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل فانه يملكه ويطالب به المكفول بعينه وصحت الهبة مع أن هبة الدين لا تصح الا من عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار لان الواهب اذا أذن للموهوب بقبض الدين جاز استحسانا وهنا بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وهذا بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما ادّى لانه لم يملك الدين بالاداء وتمامه فى الفتح (قوله وان بغيره) أى وان كفل بغير أمره لا يرجع (قوله الا اذا أجاز فى المجلس) أى قبل قبول الطالب فلو كفل بحضرتهما بلا أمره فرضى المطلوب أوّلا رجع ولو رضى الطالب أوّلا لا لتمام العقد به فلا يتغير قهستانى عن الخانية وقدّمناه أيضا عن السراج (قوله وحيلة الرجوع بلا أمر الخ) عبارة الولوالجية رجل كفل بنفس رجل ولم يقدر على تسليمه فقال له الطالب ادفع الىّ مالى على المكفول عنه حتى تبرأ من الكفالة فاراد أن يؤدّيه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلوب فالحيلة فى ذلك أن يدفع الدين الى الطالب ويهبه الطالب ماله على المطلوب ويوكله بقبضه فيكون له حق المطالبة فاذا قبضه يكون له حق الرجوع لانه لو دفع المال اليه بغير هذه الحيلة يكون متطوّعا ولو أدّى بشرط أن لا يرجع لا يجوز اه ولا يخفى انه ليس فى ذلك كفالة مال بل كفالة نفس فقط لكن اذا ساغ له الرجوع بدون كفالة بهذه الحيلة فمع الكفالة أولى لكن علمت آنفا أن هبة الطالب الدين للكفيل لا يشترط فيها الاذن بقبضه لان عقد الكفالة يتضمن اذنه بالقبض عند الاداء والظاهر أنه لا فرق فى ذلك بين كونها باذن المطلوب أو بدونه فقول الشارح ويوكله بقبضه غير لازم هنا بخلافه فى مسألة الولوالجية لانها ليس فيها عقد كفالة بالمال فلذلك ذكر فيها التوكيل بالقبض اذ لا تصح الهبة بدونه وأورد أنه اذا دفع دين الاصيل برئ الاصيل من دينه فلا رجوع له عليه الا اذا دفع قدر الدين من غير تعرّض لكونه دين الاصيل أى بأن يدفعه للطالب على وجه الهبة قلت هذا وارد على مسألة الولوالجية أمّا على ما ذكره الشارح من فرض المسألة فى الكفيل بلا أمر فلا لما علمت من أن الكفيل يملك الدين بمجرد الهبة ويرجع بعينه على الاصيل فافهم نعم ينبغى أن تكون الهبة سابقة على أداء الكفيل والا كانت هبة دين سقط بالاداء فلا تصح (قوله لان تملكه بالاداء) أى تملك الكفيل الدين انما يثبت له بالاداء لا قبله فاذا اداه يصير كالطالب كما قرّرناه آنفا فحينئذ يثبت له حبس المطلوب (قوله نعم للكفيل أخذ رهن الخ) يعنى لو دفع الاصيل الى الكفيل رهنا بالدين فله أخذه والاولى فى التعبير أن يقال نعم للاصيل دفع رهن للكفيل لئلا يوهم لزوم الدفع على الاصيل بطلب الكفيل وقد تبع الشارح فى هذا التعبير صاحب البحر أخذا من عبارة الخانية مع انها انما تفيد ما قلنا فانه قال فيها ذكر فى الاصل انه لو كفل بمال مؤجل على الاصيل فأعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز ولو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذى عليه وهو ألف درهم ثم أعطاه المكفول عنه بالمال رهنا الى سنة كان الرهن باطلا لانه لم يجب المال للكفيل على الاصيل بعد وكذا لو قال ان مات فلان ولم يؤدّك فهو علىّ ثم أعطاه المكفول عنه رهنا لم يجز وعن أبى يوسف فى النوادر يجوز اه (قوله واذا حبسه له حبسه) فى حاشية المنح للرملى أقول سيأتى فى كتاب القضاء من بحث الحبس أن المكفول له يتمكن من حبس الكفيل والاصيل وكفيل الكفيل وان كثروا اه (قوله هذا اذا كفل بأمره الخ) تقييد لقول المصنف فان لوزم لازمه الخ وقيده أيضا فى البحر بحثا بما اذا كان المال حالا على الاصيل كالكفيل والا فليس له ملازمته اه وقيده فى الشرنبلالية أيضا بما اذا لم يكن المطلوب من أصول الطالب فلو كان أباه مثلا ليس له حبس الكفيل لما يلزم من فعل ذلك بالمطلوب وهو ممتنع أى لانه لا يحبس الاصل بدين فرعه واذا امتنع اللازم امتنع الملزوم واعترضه السيد أبو السعود بمنع الملازمة وبأنه مخالف للمنقول فى القهستانى فلا يعوّل عليه وان تبعه بعضهم اه قلت وعبارة القهستانى وان حبس حبس هو المكفول عنه الا اذا كان كفيلا عن احد الابوين أو الجدّين فانه ان حبس لم يحبسه به يشعر قضاء الخلاصة اه ولا يخفى أن المتبادر من هذه العبارة ما اذا كان الطالب

ان ادّى بما ضمن والا فبما ضمن وان ادّى أردى لملكه الدين بالاداء فكان كالطالب وكما لو ملكه بهبة أو ارث عينى (وان بغيره لا يرجع) لتبرّعه الا اذا أجاز فى المجلس فيرجع عمادية وحيلة الرجوع بلا أمر أن يهبه الطالب الدين ويوكله بقبضه ولوالجية (ولا يطالب كفيل) أصيلا (بمال قبل أن يؤدّى) الكفيل (عنه) لان تملكه بالاداء نعم للكفيل أخذ رهن من الاصيل قبل ادائه خانية (فان لوزم) الكفيل (لازمه) أى لازم هو الاصيل أيضا حتى يخلصه (واذا حبسه له حبسه) هذا اذا كفل بأمره ولم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله والا فلا ملازمة ولا حبس سراج

وفى الاشباه اداء الكفيل يوجب براءتهما للطالب الا اذا أحاله الكفيل على مديونه وشرط براءة نفسه فقط (وبرئ) الكفيل (بأداء الاصيل) اجماعا الا اذا برهن على ادائه قبل الكفالة فيبرأ فقط كما لو حلف بحر (ولو أبرأ) الطالب (الاصيل أو أخر عنه) أى أجله (برأ الكفيل) تبعا للاصيل

مطلب فيما يبرأ به الكفيل عن المال

أجنبيا والمطلوب أى المدين أصلا للكفيل لا للطالب وهذا غير ما فى الشرنبلالية وهو ما اذا كان المطلوب أصلا للطالب لا للكفيل فما فى الشرنبلالية تقييد لقولهم ان للطالب حبس الكفيل وما فى القهستانى تقييد لقولهم للكفيل حبس المكفول اذا حبس اى اذا كان المكفول أصلا للكفيل فللطالب الاجنبى حبس الكفيل وليس للكفيل اذا حبس أن يحبس المكفول لكونه أصله بخلاف ما اذا كان المكفول أصلا للطالب فانه ليس للطالب حبس الكفيل لانه يلزم من حبسه له أن يحبس هو المكفول فيلزم حبس الاصيل بدين فرعه وقد ذكر ذلك الشرنبلالى فى رسالة خاصة وذكر فيها انه سئل عن هذه المسألة ولم يجد فيها نقلا وحقق فيها ما ذكرناه لكن ذكر الخير الرملى فى حاشية البحر فى باب الحبس من كتاب القضاء انه وقع الاستفتاء عن هذه المسألة ثم قال للكفيل حبس المكفول الذى هو أصل الدائن لانه انما حبس لحق الكفيل ولذلك يرجع عليه بما أدى فهو محبوس بدينه فلم يدخل فى قولهم لا يحبس أصل فى دين فرعه لانه انما حبسه أجنبى فيما ثبت له عليه اهـ ملخصا ومفاده أن للطالب الذى هو فرع المكفول حبس الكفيل الاجنبى لان الكفيل لا يحبس المكفول ما لم يحبسه الطالب ولا يخفى أن المكفول انما يحبس بدين الطالب حقيقة فيلزم حبس الاصل بدين فرعه وان كان الحابس له مباشرة غير الفرع ثم يظهر ما ذكره الخير الرملى على القول بأن الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى الدين لكن علمت أن الكفيل لا يملك الدين قبل الاداء فبقى الدين للطالب ولزم المحذور والله سبحانه أعلم فافهم (قوله يوجب براءتهما) أى براءة الكفيل والاصيل وقوله للطالب قيل متعلق باداء قلت وفيه بعد والاظهر تعلقه بمحذوف على انه حال من براءة أى منتهية الى الطالب على أن اللام بمعنى الى ونظيره قوله الآتى برئت الى فافهم (قوله الا اذا أحاله) فان الحوالة كما يأتى نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فهو فى حكم الاداء فصح الاستثناء فافهم (قوله وشرط براءة نفسه فقط) فحينئذ يبرأ الكفيل دون الاصيل وللطالب اخذ الاصيل أو المحال عليه بدينه ما لم يتو المال على المحال عليه وبدون هذا الشرط يبرأ الاصيل أيضا لان الدين عليه والحوالة حصلت بأصل الدين فتضمنت براءتهما كما فى البحر عن السراج (قوله وبرئ الكفيل باداء الاصيل) وكذا يبرأ لو شرط الدفع من وديعة فهلكت ففى الكافى لو كفل بألف عن فلان على أن يعطيها اياه من وديعة لفلان عنده جاز فان هلكت الوديعة فلا ضمان على الكفيل اهـ وفيه أيضا فى باب بطلان المال عن الكفيل بغير أداء ولا ابراء لو كفل عن رجل بالثمن فاستحق المبيع من يده أو رد بعيب ولو بلا قضاء أو باقالة أو بخيار رؤية أو بفساد البيع برئ الكفيل وكذا لو بطل المهر أو بعضه عن الزوج بوجه برئ مما بطل عن الزوج أو ضمن المشترى الثمن لغريم البائع فاستحق المبيع من يد المشترى بطلت الكفالة أيضا وكذلك الحوالة أما لو رده المشترى بعيب ولو بلا قضاء لم يبرأ الكفيل ويرجع به على البائع وكذا لو هلك المبيع قبل التسليم أو ضمن الزوج مهر المرأة لغريمها ثم وقعت بينهما فرقة من قبله أو من قبلها لم يبطل الضمان وتمامه فيه (قوله الا اذا برهن) أى الاصيل على ادائه قبل الكفالة فيبرأ اى الاصيل فقط أى دون الكفيل لانه أقر بهذه الكفالة أن الالف على الاصيل وبهذا يظهر أن الاستثناء منقطع لما فى البحر من أن هذا ليس من البراءة وانما تبين أن لا دين على الاصيل والكفيل عومل باقراره أى لان البينة لما قامت على الاداء قبل الكفالة علم أن ما كفل به الكفيل غير هذا الدين بخلاف ما اذا برهن انه قضاه بعد الكفالة ففى البحر أنهما يبرآن (قوله بحر) صوابه نهر فانه نقل عن القنية براءة الاصيل انما توجب براءة الكفيل اذا كانت بالاداء أو الابراء فان كانت بالحلف فلا لان الحلف يفيد براءة الحالف فحسب اهـ والظاهر أنه مصور فيما اذا كانت الكفالة بغير أمره والا فقوله اكفل عنى لفلان بكذا اقرار بالمال لفلان كما فى الخانية وغيرها وحينئذ فاذا ادعى عليه المال فأنكر وحلفه برئ وحده وانما قلنا كذلك لانه لو ادعى الاصيل الاداء فعليه البينة لا اليمين تأمل (قوله ولو أبرأ الطالب الاصيل الخ) محل براءة الكفيل بابراء الطالب الاصيل اذا لم يكفل بشرط براءة الاصيل فان كفل كذلك برئ الاصيل دون الكفيل لانها حوالة ط ولو قال ولو برئ الاصيل لشمل ما فى الخانية لو مات الطالب والاصيل وارثه برئ الكفيل أيضا اهـ بحر (قوله برأ الكفيل) بشرط قبول الاصيل وموته قبل القبول والرد يقوم مقام القبول ولو رده ارتد وهل يعود الدين على الكفيل أم لا خلاف كذا فى الفتح نهر وفى التتارخانية عن المحيط لا ذكر لهذه المسألة فى شئ من الكتب واختلف المشايخ فمنهم من قال لا يبرأ الكفيل أى برد الاصيل الابراء كما فى رد الهبة

ومنهم من قال يبرأ الكفيل اهـ قال في الفتح وهذا بخلاف الكفيل فانه اذا أبرأه صح وان لم يقبل ولا يرجع على الاصيل ولو كان ابراء الاصيل أوهبته أو التصدق عليه بعد موته فعند أبي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالابراء اهـ (قوله كما مر) أي قبيل الكفالة بالمال (قوله وتأخر الدين عنه) مرتبط بقوله أو أخر عنه وشمل كفيل الكفيل فاذا أخر الطالب عن الاصيل تأخر عن الكفيل وكفيله وان أخره عن الكفيل الاول تأخر عن الثاني أيضا الا عن الاصيل كما في الكافي وشرطه أيضا قبول الاصيل فلو رده ارتد كما أفاده في الفتح (قوله تأخرت مطالبة المصالح) مصدر مضاف الى مفعوله والمراد به المكاتب والفاعل ولي القتيل أو الى فاعله والمراد به الولي والمفعول المكاتب فان المصالحة مفاعلة من الطرفين وهذا أولى لئلا يلزم الاظهار في مقام الاضمار فافهم ومثل هذه المسألة ما لو كفل العبد المحجور بما لزمه بعد عتقه فان المطالبة تتأخر عن الاصيل الى عتقه ويطالب كفيله للحال لكن في هذين الفرعين تأخر لا بتأخير الطالب فلم يدخلا في كلام المصنف كما أفاده في البحر والنهر (قوله ولا ينعكس) أي لو أبرأ الكفيل أو أخر عنه أي أجله بعد الكفالة بالمال حالا لا يبرأ الاصيل ولا يتأخر عنه قال في النهر واذا لم يبرأ الاصيل لم يرجع عليه الكفيل بشئ بخلاف ما لو وهبه الدين أو تصدق عليه به حيث يرجع اهـ (قوله نعم لو تكفل بالحال مؤجلا الخ) أفاد أنه لو كان مؤجلا على الاصيل فكفل به تأخر عنهما بالاولى وان لم يسم الاجل في الكفالة كما صرح به في الكافي وغيره (قوله لان تأجيله على الكفيل تأجيل عليهما) هذا التعليل غير تام فان العلة كما في الفتح هي أن الطالب ليس له حال الكفالة حق يقبل التأجيل الا الدين فبالضرورة يتأجل عن الاصيل بتأجيل الكفيل أما في مسألة المتن وهي ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل فقد تقرر حكمها وهو المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر عليه بها وهو المطالبة (تنبيه) ما ذكره الشارح تبعا للهداية وغيرها من انه يتأجل عليهما يستثنى منه ما اذا أضاف الكفيل الاجل الى نفسه بأن قال أجلني أو شرط الطالب وقت الكفالة الاجل للكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الاصيل كما ذكره في الفتاوى الهندية ونقل ط عبارتها ويستثنى أيضا ما لو كفل بالقرض مؤجلا الى سنة مثلا فهو على الكفيل الى الاجل وعلى الاصيل حال كما في البحر عن التتارخانية معزيا الى الذخيرة والغياثية ثم نقل خلافه عن تلخيص الجامع من شموله للقرض وان هذا هو الحيلة في تأجيل القرض وسيذكره الشارح آخر الباب قلت لكن رده العلامة الطرسوسي في أنفع الوسائل بأن هذا انما قاله الحصيري في شرح الجامع وكل الكتب تخالفه فلا يلتفت اليه ولا يجوز العمل به وقدمنا تمام الكلام عليه قبيل فصل القرض ويؤيده أن الحاكم الشهيد في الكافي صرح بأنه لا يتأخر عن الاصيل وكفى به حجة (قوله وفيه) متعلق بقوله يشترط والضمير المجرور عائد الى قول المتن ولو أبرأ الاصيل الخ ولو أسقط لفظة فيه لكان أوضح وعبارة الدرر هكذا أبرأ الطالب الاصيل ان قبل برئا أي الاصيل والكفيل معا أو أخره عنه تأخر عنهما بلا عكس فيهما ولو أبرأ الكفيل فقط برئ وان لم يقبل اذ لا دين عليه ليحتاج الى القبول بل عليه المطالبة وهي تسقط بالابراء ولو وهب الدين له أي للكفيل ان كان غنيا أو تصدق عليه ان كان فقيرا يشترط القبول كما هو حكم الهبة والصدقة وهبة الدين لغير من عليه الدين تصح اذا سلط عليه والكفيل مسلط على الدين في الجملة كذا في الكافي وبعده له الرجوع على الاصيل اهـ وضمير بعده للقبول وحاصله أن حكم الابراء والهبة في الكفيل مختلف ففي الابراء لا يحتاج الى القبول وفي الهبة والصدقة يحتاج وفي الاصيل متفق فيحتاج الى القبول في الكل وموته قبل القبول والرد كالقبول شرنبلالية ولم يذكر حكم الرد وأفاد في الفتح أن الابراء والتأجيل يرتدان برد الاصيل وأما الكفيل فلا يرتد برده الابراء بل التأجيل والفرق أن الابراء اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لان الواجب عليه مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط بخلاف التأخير لعوده بعد الاجل فاذا عرف هذا فان لم يقبل الكفيل التأخير أو الاصيل فالمال حال يطالبان به للحال اهـ وقدمنا تمام الكلام عليه (تنبيه) نقل في البحر عند قوله وبطل تعليق البراءة عن الهداية مثل ما هنا من أن ابراء الكفيل لا يرتد بالرد بخلاف ابراء الاصيل ثم نقل عن الخانية لو قال للكفيل أخرجتك عن الكفالة فقال الكفيل لا أخرج لم يصر خارجا ثم قال في البحر فثبت أن ابراء الكفيل أيضا يرتد بالرد اهـ قال في النهر وفيه نظر ولم يبين وجهه وأجاب المقدسي بأن

الا كفيل النفس كما مر (وتأخر) الدين (عنه) تبعا للاصيل الا اذا صالح المكاتب عن قتل العمد بمال ثم كفله انسان ثم عجز المكاتب تأخرت مطالبة المصالح الى عتق الاصيل وله مطالبة الكفيل الآن أشباه (ولا ينعكس) لعدم تبعية الاصل للفرع نعم لو تكفل بالحال مؤجلا تأجل عنهما لان تأجيله على الكفيل تأجيل عليهما وفيه يشترط قبول الاصيل الابراء

مطلب
لو كفل بالقرض مؤجلا تأجل عن الكفيل دون الاصيل

ما فى الخانية فى معنى الاقالة لعقد الكفالة فحيث لم يقبلها الكفيل بطلت فتبقى الكفالة بخلاف الابراء لانه محض اسقاط فيتم بالمسقط اه على أن ما فى الهداية منصوص عليه فى كافى الحاكم (قوله والتاجيل) هذا غير موجود فى عبارة الدرر كما عرفته نعم هو فى الفتح كما ذكرناه آنفا (قوله لا الكفيل) أى لا يشترط قبول الكفيل الابراء والتأجيل لكن لم يذكر فى الدرر عدم اشتراطه فى التأجيل وهو غير صحيح بل هو شرط كما سمعته من كلام الفتح (قوله وفى فتاوى ابن نجيم الخ) ونصها سئل عن رجل ضمن آخر فى دين عليه ثمن مبيع أو أجرة لازمة عليه ثم ان رب المال أجله على الكفيل الى مدة معلومة هل يصير مؤجلا عليه وحده وعلى الاصيل حالا أو مؤجلا عليهما أجاب يصير مؤجلا عليهما كما صرح به فى الحاوى القدسى اه أقول هذا غير صحيح لمخالفته لعبارات المتون والشروح على انى راجعت الحاوى القدسى فرأيت خلاف ما عزاه اليه ونص عبارة الحاوى وان أخر الطالب الدين عن الاصيل كان تأخيرا عن الكفيل وان أخره عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الاصيل اه بالحرف وكأن ابن نجيم اشتبه عليه ذلك بما لو تكفل بالمال مؤجلا مع أن صريح السؤال خلافه فافهم (قوله فليحفظ) بل الواجب حفظ ما فى كتب المذهب لان هذا سبق نظر فلا يحفظ ولا يلحظ (قوله وهو المختار) لان الناس لا يريدون نفى التعلق أصلا وانما يريدون نفى التعلق الحسى وانى لا اتعلق به تعلق المطالبة اه ح على أن ابراء الاصيل يتوقف على قبوله ولم يوجد (قوله واذا حل الدين المؤجل الخ) أفاد أن الدين يحل بموت الكفيل كما صرح به فى الغرر وشرح الوهبانية عن المبسوط وعلله فى المنح عن الولوالجية بأن الاجل يسقط بموت من له الاجل (قوله لا يحل على الاصيل) وكذا اذا عجل الكفيل الدين حال حياته لا يرجع على المطلوب الا عند حلول الاجل عند علمائنا الثلاثة وهو نظير ما لو كفل بالزيوف وأدى الجياد تتارخانية (قوله خير الطالب) أى فى أخذه من أى التركتين شاء لان دينه ثابت على كل واحد منهما كما فى حال الحياة درر (قوله مثلا) فالنصف غير قيد (قوله برئا) أى الاصيل والكفيل لانه أضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل فيبرأ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل درر (قوله واذا شرط براءة الكفيل وحده الخ) ليس المراد أن الطالب يأخذ البدل فى مقابلة ابراء الكفيل عنها وانما المراد أن ما أخذه من الكفيل محسوب من أصل دينه ويرجع بالباقى على الاصيل بحر ونبه بذلك على الفرق بين هذه وبين المسألة التى عقبها كما يأتى ويوضحه ما فى الفتح عن المبسوط لو صالحه على مائة درهم على أن ابراء الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين اه (قوله كانت فسخا للكفالة) هذه عبارة المبسوط كما علمت أى أن البراءة عن باقى الدين التى تضمنها عقد الصلح تتضمن فسخ الكفالة لسقوط المطالبة عن الكفيل بهذا الشرط ولا يسقط بها أصل الدين اذ لو سقط لم يبق للطالب على المطلوب شئ مع انه يطالبه بالنصف الباقى بخلاف الصور الثلاث فان مطالبته سقطت عنهما جميعا (قوله فيبرأ هو) أى الكفيل وحده عن خمسمائة وهى التى سقطت بعقد الصلح وكذا عن التى دفعها بدلا عن الصلح وهو ظاهر لان الصلح على بعض الدين أخذ لبعض حقه وابراء عن الباقى فحيث أخذ الطالب من الكفيل بعض حقه وأبرأه عن باقيه فقد سقطت المطالبة عنه أصلا وبراءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فلذا قال دون الاصيل (قوله والكفيل بخمسمائة) أى ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة وهى التى اداها للطالب بدل الصلح فى الصور الاربع (قوله لو بأمره) أى يرجع بها لو كفل عنه بأمره والا فلا رجوع له (قوله على جنس آخر) مفهوم قوله على نصفه اه ح (قوله رجع بالالف) لان الصلح بجنس آخر مبادلة فيملك الدين فيرجع بجميع الالف فتح وكذا يرجع بجميع الالف لو صالحه على خمسمائة على أن يهب له الباقى كما فى الفتح أيضا ومثله فى الكافى (قوله كما مر) الاولى أن يقول لما مر أى من انه يملك الدين بالاداء (قوله صالح الكفيل الطالب الخ) فى الهداية ولو كان صالحه بما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة اه ومقتضاه صحة الصلح ولزوم المال وسقوط المطالبة عن الكفيل دون الاصيل وهو خلاف ما ذكره المصنف تبعا للخانية الا أن يحمل على الكفالة بالنفس لما فى التتارخانية الكفيل بالنفس اذا صالح الطالب على خمسمائة دينار على أن ابراءه من الكفالة بالنفس لا يجوز ولا يبرأ عنها فلو كان كفيلا بالنفس والمال على انسان واحد برئ اه وفى الهندية

والتأجيل لا الكفيل الا اذا ابرأه او وهبه أو تصدق عليه درر قلت وفى فتاوى ابن نجيم أجله على الكفيل يتأجل عليهما وعزاه للحاوى القدسى فليحفظ وفى القنية طالب الدائن الكفيل فقال له اصبر حتى يجئ الاصيل فقال لا تعلق لى عليه انما تعلقى عليك هل يبرأ أجاب نعم وقيل لا وهو المختار (واذا حل الدين المؤجل (على الكفيل بموته لا يحل على الاصيل) فلو أداه وارثه لم يرجع لو الكفالة بأمره الا الى أجله خلافا لزفر (كما لا يحل المؤجل (على الكفيل) اتفاقا (اذا حل على الاصيل به) أى بموته ولو ماتا خير الطالب درر (صالح أحدهما رب المال عن ألف الدين (على نصفه) مثلا (برئا الا) أن المسألة مربعة فاذا شرط براءتهما أو براءة الاصيل أو سكت برئا و (اذا شرط براءة الكفيل وحده) كانت فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين (فيبرأ هو) وحده عن خمسمائة (دون الاصيل) فتبقى عليه الالف فيرجع عليه الطالب بخمسمائة والكفيل بخمسمائة لو بأمره ولو صالح على جنس آخر رجع بالالف كما مر (صالح الكفيل الطالب على شئ ليبرئه عن الكفالة لم يصح) الصلح (ولا يجب المال على الكفيل) خانية

عن الذخيرة صالح على مال لاسقاط الكفالة لا يصح أخذ المال وهل تسقط الكفالة بالنفس فيه روايتان في رواية تسقط وبه يفتى اهـ وحينئذ فجميل ما في الهداية على الكفالة بالمال توفيقا بين الكلام من تأمل ثم لا يخفى أن الفرق بين هذه المسألة والتي قبلها في المتن وهي الرابعة هو أن هذه في الصلح عن الكفالة والتي قبلها في الصلح عن المال المكفول به فالمال هنا في مقابلة الابراء عن الكفالة وهنالك في مقابلة الابراء عن المال الباقي كما مر في عبارة المبسوط ومن العجب ما في النهاية حيث جعل عبارة المبسوط المارة تصوير المذكور هنا في الهداية فانه عكس الموضوع لان كلام المبسوط مفروض في الصلح على ابراء الكفيل فقط عن المال وهو الصورة الرابعة المذكورة في كلام المصنف وكلام الهداية في الصلح على ابراء الكفيل عن المطالبة ولم أر من نبه على ذلك مع انه نقله في البحر وغيره وأقروه عليه نعم ربما يشعر كلام الفتح بأنه لم يرض به فراجعه (قوله وهو باطلاقه يعم الكفالة بالمال والنفس) قد علمت ما فيه (قوله برئت الىّ) متعلق بمحذوف حال أى حال كونك مؤديا الىّ كما في شرح مسكين أى فهو براءة استيفاء لا براءة اسقاط (قوله لاقراره بالقبض) لان مفاد هذا التركيب براءة من المال مبدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا هو معنى الاقرار بالقبض من الكفيل فكأنه قال دفعت الىّ (قوله ومفاده) أى مفاد التعليل المذكور وهذا الكلام لصاحب البحر (قوله براءة المطلوب) أى المديون للطالب أى الدائن يعنى انه يفيد أن المطلوب يبرأ من المطالبة التى كانت للطالب عليه وكذا يبرأ منها الكفيل فلا مطالبة له على واحد منهما لاقراره بالقبض اذ لا يستحق القبض اكثر من مرة واحدة (قوله لا رجوع) أى للكفيل على المطلوب ثم للطالب أن يأخذ المطلوب بالمال كما في الكافى للحاكم (قوله لانه ابراء) تعليل لعدم الرجوع في الصور الثلاث اذ ليس فيها ما يفيد القبض ليكون اقرارا به بل هو محتمل للابراء بسبب القبض وللاسقاط فلا يثبت القبض بالشك (قوله أى الىّ) المراد برئت الىّ (قوله وهو أقرب الاحتمالين) أى احتمال انه براءة قبض واحتمال انه براءة اسقاط ووجه الاقربية ما في الفتح من قوله لانه اقرار ببراءة ابتداؤها من الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالايفاء[2] بخلاف البراءة بالابراء فانها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة الى الكفيل وما قاله محمد أى من انه لا يثبت القبض بالشك انما يتم اذا كان الاحتمالان متساويين اهـ وهذا أيضا ترجيح منه لقول أبى يوسف (قوله لو كتبه فى الصك) بأن كتب برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها بحر (قوله عملا بالعرف) فان العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصك عليه فجعلت اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء فتح (قوله وهذا كله الخ) عزاه في فتح القدير الى شروح الجامع الصغير وجزم به في الملتقى والدرر وأقره الشرنبلالى وكذا الزيلعى وابن كمال فتعبير البحر عنه بقيل غير ظاهر فافهم والاشارة الى جميع الالفاظ المارة قال في البحر عن النهاية حتى في برئت الىّ لاحتمال لانى أبرأتك مجازا وان كان بعيدا في الاستعمال اهـ قال في النهر والظاهر أن في لفظ الحل لا يرجع اليه لظهور أنه مسامحة لا أنه أخذ منه شيأ اهـ قلت وفيه نظر يظهر بأدنى نظر (قوله لمراده) متعلق بالبيان أى يسأل هل أردت القبض أولا (قوله لانه المجمل) بكسر ثالثه اسم فاعل أى فان الاصل في الاجمال أن يرجع فيه الى المجمل والمراد بالمجمل هنا ما يحتاج الى تأمل ويحتمل المجاز وان كان بعيدا الاحقيقة المجمل يعنى يرجع اليه اذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات خصوصا ان كان العرف في ذلك اللفظ مشتركا منهم من يقصد القبض ومنهم من يقصد الابراء فتح (قوله ومثل الكفالة الحوالة) فى كافى الحاكم والمحتال عليه في جميع ذلك كالكفيل اهـ قال ط فان قال المحال للمحتال عليه برئت الىّ رجع المحتال عليه على المحيل وان قال أبرأتك لا واختلف فيما اذا قال برئت فقط اهـ وانما يرجع اذا لم يكن للمحيل دين على المحتال عليه (قوله وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أى لما فيه من معنى التمليك ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق هداية وظاهره ترجيح عدم بطلانه بناء على الصحيح بحر . قلت ولذا قال في متن الملتقى والمختار الصحة واعلم أن اضافته تعليق الى البراءة من اضافة الصفة الى موصوفها والمعنى وبطلت البراءة المعلقة بالشرط واذا بطلت البراءة من الكفالة تبقى الكفالة على أصلها فالطالب مطالبة الكفيل بدليل التعليل فليس المراد ببطلان تعليق

وهو باطلاقه يعم الكفالة بالمال والنفس بحر (قال الطالب للكفيل برئت الىّ من المال) الذى كفلت به (رجع الكفيل بالمال (على المطلوب اذا كانت) الكفالة (بأمره) لاقراره بالقبض ومفاده براءة المطلوب للطالب لاقراره كالكفيل (وفى) قوله للكفيل (برئت) بلا الىّ (أو أبرأتك لا) رجوع كقوله أنت فى حل لانه ابراء لا اقرار بالقبض (خلافا لابى يوسف فى الاول) أى برئت فانه جعله كالاول أى الىّ قيل وهو قول الامام واختاره فى الهداية وهو أقرب الاحتمالين فكان أولى نهر معزيا للعناية وأجمعوا على انه لو كتبه فى الصك كان اقرارا بالقبض عملا بالعرف (وهذا) كله (مع غيبة الطالب ومع حضرته يرجع اليه فى البيان) لمراده اتفاقا لانه المجمل ومثل الكفالة الحوالة (وبطل تعليق البراءة من الكفالة

[2] قوله كالايفاء هكذا رأيته فى نسختين من نسخ الفتح ولعل الاولى بالايفاء اهـ منه

مطلب
فى بطلان تعليق البراءة من الكفالة بالشرط

البراءة لانه يلزم منه بقاء البراءة صحيحة منجزة وتبطل الكفالة بها ولا يناسبه العلة المذكورة لان نفس التعليق ليس فيه معنى التملك بل الذى فيه معنى التمليك هو البراءة المعلقة فتبطل ثم رأيت بخط بعض العلماء على نسخة قديمة من شرح المجمع مانصه معناه أن الكفالة جائزة والشرط باطل اه وهذا عين ماقلته (قوله بالشرط الغير الملائم) نحو اذا جاء غد فأنت برىء من المال ومثال الملائم مالو كفل بالمال أو بالنفس وقال ان وافيت به غدا فأنت برىء من المال فوافاه من الغد فهو برىء من المال كذا فى العناية اه ح وفى البحر عن المعراج الغير الملائم هو مالا منفعة فيه للطالب أصلا كدخول الدار ومجىء الغد لانه غير متعارف اه قلت وسئلت عمن قال كفلته على أنك ان طالبتنى به قبل حلول الاجل فلا كفالة لى ويظهر لى انه من غير الملائم فليتأمل (قوله على ما اختاره فى الفتح والمعراج) أقول الذى فى الفتح هكذا قوله ولا يجوز تعليق الابراء من الكفالة بالشرط اى بالشرط المتعارف مثل أن يقول ان عجلت لى البعض اودفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز ثم قال ويروى أنه يجوز وهو أوجه الخ فهذا شرح لعبارة الهداية التى قدمناها آنفا وقدمنا أن ظاهر مافى الهداية ترجيح الرواية الثانية وأنه اختارها فى متن الملتقى وكذلك اختارها فى الفتح كما ترى والمتبادر من كلام الفتح أن المراد بهذه الرواية جواز الشرط المتعارف لانه قيد رواية عدم الجواز بالشرط المتعارف وذكر أن غير المتعارف لا يجوز وهو تصريح بما فهم بالاولى ثم ذكر مقابل الرواية الاولى وهى رواية الجواز فعلم أن المراد بها الشرط المتعارف أيضا وأن غير المتعارف لا يجوز أصلا ويحتمل أن يكون قوله ويروى أنه يجوز أى اذا كان الشرط غير متعارف ويلزم منه جواز المتعارف بالاولى فعلى الاحتمال الاول يكون قد اختار فى الفتح جواز التعليق بالشرط المتعارف وعلى الثانى اختار جوازه مطلقا وهذا الاحتمال اظهر لانه حيث قيد رواية عدم الجواز بالمتعارف علم أن غير المتعارف لا يجوز بالاولى ثم اختار مقابل هذه الرواية وهو رواية الجواز أى مطلقا فكان على الشارح أن يقول وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ولو ملائما وروى جوازه مطلقا واختاره فى الفتح نعم ذكر فى الدرر عن العناية قولا ثالثا وهو عدم جواز التعليق بالشرط لو غير متعارف والجواز لو متعارفا وذكر فى المعراج هذا القول وجعله محمل الروايتين وأقره فى البحر وقال ان قول الكنز وبطل التعليق محمول على غير المتعارف وتبعه الشارح لكن لا يخفى أن كلام الفتح مخالف لهذا التوفيق لانه حمل بطلان التعليق على الشرط المتعارف كما علمت فكيف ينسب اليه ماذكره الشارح فافهم (قوله وأقره المصنف) اى فى شرحه فى هذا المحل اى أقر مافى المعراج من التفصيل والتوفيق (قوله والمتفرقات) اى متفرقات البيوع فى بحث مايبطل تعليقه (قوله ترجيح الاطلاق) اى رواية بطلان التعليق المتبادر منها الاطلاق عما فصله فى المعراج وفى كون الزيلعى رجح ذلك نظر بل كلامه قريب من كلام الهداية المار فراجعه (قوله قيد بكفالة النفس) اى باعتبار أن الكلام فيها والا فلم يذكر القيد فى المتن كالكنز اه ح (قوله مبسوطا فى الخانية) حاصله أن تعليق البراءة من الكفالة بالنفس على وجوه فى وجه تصح البراءة ويبطل الشرط كما اذا ابرأ الطالب الكفيل على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم وفى وجه يصحان كما اذا كان كفيلا بالمال أيضا وشرط الطالب عليه أن يدفع المال ويبرئه من الكفالة بالنفس وفى وجه يبطلان كما اذا شرط الطالب على الكفيل بالنفس أن يدفع اليه المال ويرجع به على المطلوب اه (قوله لا يسترد أصيل الخ) اى اذا دفع الاصيل وهو المديون الى الكفيل المال المكفول به ليس للاصيل أن يسترده من الكفيل وان لم يعطه الكفيل الى الطالب قال فى النهر لانه اى الكفيل ملكه بالاقتضاء وبه ظهر أن الكفالة توجب دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على الاصيل لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء ولذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهنا او أبرأه او وهب منه الدين صح فلا يرجع بأدائه كذا فى النهاية ولا ينافيه مامر من أن الراجح أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة لان الضم انما هو بالنسبة الى الطالب وهذا لا ينافى أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه كما لا يخفى وعلى هذا فالكفالة بالامر توجب ثبوت دينين وثلاث مطالبات تعرف بالتدبر اه مافى النهر أى دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ودين ومطالبة مؤخرين للكفيل على الاصيل أيضا ومطالبة فقط للطالب على الكفيل بناء على الراجح من انها الضم فى المطالبة (تنبيه) نقل محشى مسكين عن الحموى عن المفتاح أن عدم الاسترداد مقيد بما اذا لم يؤخره الطالب عن الاصيل او الكفيل فان أخره له أن يسترده اه قلت

بالشرط) الغير الملائم على ما اختاره فى الفتح والمعراج وأقره المصنف هنا والمتفرقات لكن فى النهر ظاهر الزيلعى وغيره ترجيح الاطلاق قيد بكفالة المال لان فى كفالة النفس تفصيلا مبسوطا فى الخانية
(لا يسترد أصيل

قوله قيد بكفالة النفس هكذا بخطه ولعله سبق قلم فان الذى فى نسخ الشارح قيد بكفالة المال لان فى كفالة النفس تفصيلا الخ اه
مصححه

لكن قوله او الكفيل لم يظهر لى وجهه تأمل (قوله بأمره) متعلق بالكفيل احترازا عن الكفيل بلا أمر كما يأتى قال فى النهر قيد به فى الهداية ولا بد منه (قوله ليدفعه للطالب) متعلق بأدّى واعلم أن مامرّ من أن الكفيل ملك المؤدّى فذلك فيما اذا دفعه اليه الاصيل على وجه القضاء بأن قال له انى لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فأنا اقضيك المال قبل أن تؤدّيه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن قال المطلوب للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدّى ملكا للكفيل بل هو أمانة فى يده لكن لا يكون للمطلوب أن يستردّه من الكفيل لانه تعلق به حق الطالب كذا فى الكافى لكن ذكر فى الكبرى أن له الاسترداد وأنه أشار اليه فى الاصل كذا فى الكفاية شرح الهداية وما نقله عن الكافى نقل ط مثله عن العناية والمعراج وعليه مشى فى البحر والنهر والمراد بالكافى كافى النسفى أما كافى الحاكم الشهيد الذى جمع كتب ظاهر الرواية فانه أشار فيه أيضا الى أن له الاسترداد لو دفعه على وجه الرسالة فانه ذكر أنه لو قبضه على وجه القضاء فله التصرّف فيه وله ربحه لانه له ولو هلك منه ضمنه ولو قبضه على وجه الرسالة فهلك كان مؤتمنا ويرجع به على الاصيل ولو لم يهلك فعمل به وربح تصدّق بالربح لانه غاصب وكذا فى الهداية اشارة اليه حيث ذكر أولا انه اذا قضاه لا يستردّ ثم قال بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض أمانة فى يده فدل كلامه على أن عدم الاسترداد فى الاداء على وجه القضاء لا الرسالة حيث جعله فى الرسالة محض أمانة والامانة مستردّة ونقل ط عن غاية البيان أن له الاسترداد قال ومثله فى صدر الشريعة وقال فى اليعقوبية انه الظاهر لانه أمانة محضة ويد الرسول يد المرسل فكانه لم يقبضه فلا يعتبر حق الطالب وهو المتبادر من الهداية اهـ قلت وهو المتبادر أيضا مما فى المتون من أن الربح يطيب له فانه دليل على أن المراد الاداء على وجه القضاء وقول الشارح تبعا للدرر ليدفعه للطالب ظاهره الدفع على وجه الرسالة وهو موافق لما فى كافى النسفى وغيره ويفهم منه أنه فى الدفع على وجه القضاء له ذلك بالاولى ويمكن حمله على ما فى كافى الحاكم وغيره بأن يكون المراد انه لم يصرّح له بأنه يدفعه للطالب بل اضمر ذلك فى نفسه وقت الاداء ففى الشرنبلالية عن القنية لو أطلق عند الدفع فلم يبين أنه على وجه القضاء او الرسالة يقع عن القضاء فافهم (تنبيه) لو قضى المطلوب الدين الى الطالب فللمطلوب أن يرجع على الكفيل بما أعطاه كما فى الكافى وغيره (قوله وان لم يعطه طالبه) ان وصلية وطالبه بكسر اللام بزنة اسم الفاعل مضاف للضمير وهو المفعول الثانى ليعطه (قوله ولا يعمل نهيه الخ) هذا ما أجاب به فى البحر حيث قال وقد سئلت عما اذا دفع المديون الدين للكفيل ليؤدّيه الى الطالب ثم نهاه عن الاداء هل يعمل نهيه فأجبت ان كان كفيلا بالامر لم يعمل نهيه لانه لا يملك الاسترداد والا عمل لانه يملكه اهـ قلت وظاهر قوله ليؤدّيه أن الدفع على وجه الرسالة فهو مبنى على ما فى كافى النسفى (قوله لانه حينئذ) اى حين اذ كان كفيلا بلا أمر يملك الاصيل الاسترداد لان الكفيل لا دين له عليه فلم يملك المؤدّى بل هو فى يده محض أمانة كما اذا أدّاه الاصيل اليه على وجه الرسالة وكانت الكفالة بالامر على ما مرّ بل هذا بالاولى لما علمت من أنه هنا لا دين له اصلا (قوله لكنه قدم قبله ما يخالفه) لعل مراده بالمخالفة أن المصنف لم يقيد متنه بكون الكفيل كفيلا بالامر وفرق هنا بين كونه بالامر فلا يعمل نهيه والا عمل لكن فى شرح المصنف اشارة الى أن مراده فى المتن الكفيل بالامر وقد علمت أن هذا القيد لا بدّ منه فلا مخالفة (قوله حيث قبضه على وجه الاقتضاء) تقييد للمتن ولتعليله بأنه نماء ملكه وصرّح بعده بمفهومه وعبارة الهداية فان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدّق به لانه ملكه حين قبضه وهذا اذا قضى الدين ظاهر وكذا اذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له استرداد ما دفع للكفيل وانما حكمنا بثبوت ملكه اذا قضاه المطلوب بنفسه لان الكفيل وجب له بمجرّد الكفالة على الاصيل مثل ما وجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة اهـ موضحا من الفتح وتمامه فيه (قوله خلافا للثانى) اى أبى يوسف فعنده يطيب له كمن غصب من انسان وربح فيه يتصدّق بالربح عندهما لانه استفاده من اصل خبيث ويطيب له عنده مستدلا بحديث الخراج بالضمان فتح (قوله وندب ردّه) مرتبط بقوله بعده فيما يتعين بالتعيين اى أن قوله طاب له أى الربح انما هو فيما لو كان المؤدّى للكفيل شيأ لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير فان الخبث لا يظهر فيها بخلاف ما يتعين كالحنطة ونحوها بأن كفل عنه حنطة وأدّاها الاصيل الى الكفيل وربح الكفيل فيها فانه يندب ردّ الربح الى الاصيل قال فى النهر وهذا هو أحد الروايات عن الامام

ما أدّى الى الكفيل) بأمره ليدفعه للطالب (وان لم يعطه طالبه) ولا يعمل نهيه عن الاداء لو كفيلا بامره والا عمل لانه حينئذ يملك الاسترداد بحر وأقرّه المصنف لكنه قدم قبله ما يخالفه فليحرر (وان ربح) الكفيل (به طاب له) لانه نماء ملكه حيث قبضه على وجه الاقتضاء فلو على وجه الرسالة فلا لتمحضه أمانة خلافا للثانى (وندب ردّه) على الاصيل

وهو الاصح وعنه أنه لا يرده بل يطيب له وهو قولهما لانه نماء ملكه وعنه أنه يتصدق به وتمامه فيه (قوله إن قضى الدين بنفسه) اى ان قضاه الاصيل للطالب وهذه العبارة تابع فيها صاحب الدرر الزيلعي وأقره الشرنبلالي لكن اعترضه الوانى بأن هذا القيد غير لازم وموهم خلاف المقصود قلت وهو كذلك كما يعلم من الهداية حيث قال فى توجيه الاصح وله اى للامام أنه تمكن الخبث مع الملك لانه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه الخ فجعل امكان الاسترداد بقضاء الدين بنفسه دليل ثبوت الخبث فى الربح مع قيام الملك فعلم أن ذلك غير قيد فى المسألة (قوله الاشبه نعم ولو غنيا) الذى فى العناية وكذا البحر والنهر ان كان فقيرا طاب وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه أن يطيب له أيضا فكان الاولى للشارح أن يؤخر قوله الاشبه نعم عن قوله ولو غنيا لان الروايتين فيه لا فى الفقير (قوله أمر كفيله ببيع العينة) بكسر العين المهملة وهى السلف يقال باعه بعينة اى نسيئة مغرب وفى المصباح وقيل لهذا البيع عينة لان مشترى السلعة الى أجل يأخذ بدلها عينا اى نقدا حاضرا اه اى قال الاصيل للكفيل اشتر من الناس نوعا من الاقمشة ثم بعه فما ربحه البائع منك وخسرته أنت فعلى فيأتى الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر منه الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوى عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة فيبيعه هو فى السوق بعشرة فيحصل له العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر الى أجل أو يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التى اقرضه على انها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا درر ومن صورها أن يعود الثوب اليه كما اذا اشتراه التاجر فى الصورة الاولى من المشترى الثانى ودفع الثمن اليه ليدفعه الى المشترى الاول وانما لم يشتره من المشترى الاول تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن (قوله اى بيع العين بالربح) اى بثمن زائد نسيئة اى الى أجل وهذا تفسير للمراد من بيع العينة فى العرف بالنظر الى جانب البائع فالمعنى أمر كفيله بأن يباشر عقد هذا البيع مع البائع بأن يشترى منه العين على هذا الوجه لان الكفيل مأمور بشراء العينة لا ببيعها وأما بيعه بعد ذلك لما اشتراه فليس على وجه العينة لانه يبيعها حالة بدون ربح (قوله وهو مكروه) اى عند محمد وبه جزم فى الهداية قال فى الفتح وقال ابو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد هذا البيع فى قلبى كامثال الجبال ذميم اخترعه اكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم اى اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفى رواية سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياك والعينة فانها العينة ثم قال فى الفتح ما حاصله ان الذى يقع فى قلبى أنه ان فعلت صورة يعود فيها الى البائع جميع ما أخرجه أو بعضه كعود الثوب اليه فى الصورة المارة وكعود الخمسة فى صورة اقراض الخمسة عشر فيكره يعنى تحريما فان لم يعد كما اذا باعه المديون فى السوق فلا كراهة فيه بل خلاف الاولى فان الاجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب وما لم ترجع اليه العين التى خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والا فكل بيع بيع العينة اه وأقره فى البحر والنهر والشرنبلالية وهو ظاهر وجعله السيد أبو السعود محمل قول ابى يوسف وحمل قول محمد والحديث على صورة العود هذا وفى الفتح أيضا ثم ذموا البياعات الكائنة الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد ابن سلمة لتجار ان العينة التى جاءت فى الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته اه (قوله لانه اما ضمان الخسران) اى نظرا الى قوله على فانها للوجوب فلا يجوز كما اذا قال لرجل بايع فى السوق فما خسرت فعلى درر (قوله او توكيل بمجهول) اى نظرا الى الامر به فلا يجوز أيضا لجهالة نوع الثوب وثمنه درر (قوله كفل عن رجل) الاولى أن يقول كفل عن رجل لرجل ليكون مرجع الضمير فى له مذكورا وهو الرجل الثانى المكفول له وان كان معلوما من المقام (قوله بما ذاب له) اى بما ثبت ووجب بالقضاء (قوله عبارة الدرر لزم بلا ضمير) الذى رأيناه فى الدرر لزمه بالضمير وكأنه سقط من نسخة الشارح وهى اولى لان ضمير له فى المواضع الثلاثة للمكفول له وضمير لزمه للمكفول فيه تشتيت الضمائر مع ايهام عوده

مطلب بيع العينة

ان قضى الدين بنفسه درر (فيما يتعين بالتعين) كحنطة لا فيما لا يتعين كنقود فلا يندب ولو رده هل يطيب للاصيل الاشبه نعم ولو غنيا عناية (أمر) الاصيل (كفيله ببيع العينة) اى بيع العين بالربح نسيئة ليبيعها المستقرض بأقل ليقضى دينه اخترعه اكلة الربا وهو مكروه مذموم شرعا لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض (ففعل) الكفيل ذلك (فالمبيع للكفيل و) زيادة (الربح عليه) لانه العاقد و(لا) شئ على (الآمر) لانه اما ضمان الخسران او توكيل بمجهول وذلك باطل (كفل) عن رجل (بما ذاب له او بما قضى له عليه او بما لزمه له) عبارة الدرر لزم بلا ضمير

للمكفول أيضا كبقية الضمائر المذكورة ولا حاجة الى تقديره ولا الى التصريح به لان لزم بمعنى ثبت فهو قاصر فى المعنى لا يحتاج الى مفعول والمعنى بما ثبت له عليه فلما كان الاولى اسقاطه نبه الشارح عليه فافهم (قوله اريد به المستقبل) لانه معلق عليه فان المعنى ان وجب لك عليه شئ فى المستقبل فأنا كفيل به حتى لو كان له عليه مال ثابت قبل الكفالة لم يكن مكفولا به كما يعلم مما يأتى (قوله لم يقبل برهانه) لانه انما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة لانه جعل الذوب شرطا والشرط لا بدّ من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والبينة لم تشهد بقضاء دين وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبى وهذا فى لفظ القضاء ظاهر وكذا فى ذاب لان معناه تقرر ووجب وهو بالقضاء بعد الكفالة حتى لو ادّعى انى قدمت الغائب الى قاضى كذا وأقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لى عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره اولا الا أنه اذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة كذا فى الفتح وقوله حتى لو ادّعى الخ هو معنى ما فى الفصول العمادية ادّعى على رجل انه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فأقر المدّعى عليه بالكفالة وانكر الحق وأقام المدّعى بينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضى به فى حق الكفيل الحاضر وفى حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره اهـ فان قوله وأقام المدّعى بينة انه ذاب له على فلان كذا معناه انه وجب له عليه بالقضاء بعد الكفالة اى أن القاضى قضى له عليه بذلك فحيث برهن على أن الاصيل الغائب محكوم عليه بذلك ثبت شرط الكفالة فصار الكفيل خصما فثبت عليه المال قصدا وعلى الغائب ضمنا بخلاف ما فى المتن فان المدّعى برهن على أن له على الاصيل كذا الا على انه كان حكم له على الاصيل بكذا فلو قبلت هذه البينة يكون قضاء على الغائب قصدا لان الكفيل لم يصر خصما لانه لم يثبت شرط كفالته فالفرق بين المسألتين جلى واضح وان خفى على صاحب النهر وغيره والعجب من قول البحر ان جزمهم هنا بعدم القبول ينبغى أن يكون على الرواية الضعيفة أما على اظهر الروايتين المفتى به من نفاذ القضاء على الغائب فينبغى النفاذ اهـ فان المفتى به نفاذ القضاء على الغائب من حاكم يراه كشافعى حتى لو رفع حكمه الى الحنفى نفذه كما حرره صاحب البحر نفسه فى كتاب القضاء وكلامهم هنا فى الحاكم الحنفى فان حكمه لا ينفذ لما علمته من عدم الخصم (قوله وان برهن الخ) هذه مسألة مبتدأة غير داخلة تحت قوله كفل بما ذاب الخ كما نبه عليه صدر الشريعة وابن الكمال وغيرهما لان الكفالة هنا بمال مطلق كما يأتى (قوله وهو كفيل) اى بذلك المال (قوله فللكفيل الرجوع) اى فاذا قضى عليهما اى على الكفيل الحاضر وعلى الاصيل الغائب ثبت للكفيل بالامر الرجوع على الغائب بلا اعادة بينة عليه اذا حضر لانه صار مقضيا عليه ضمنا (قوله لان المكفول به هنا) اى فى قوله وان برهن الخ مال مطلق اى غير مقيد بكونه ثابتا بعد الكفالة بخلاف ما تقدّم فى قوله كفل بما ذاب الخ لان الكفالة فيه بمال موصوف بكونه مقضيا به بعد الكفالة فما لم تثبت تلك الصفة لا يكون كفيلا فلا يكون خصما كما فى شرح الجامع لقاضى خان وهذا تعليل لاصل القضاء على الكفيل وأما كون القضاء يتعدّى الى الاصيل لو الكفالة بأمره ولا يتعدّى لو بدون امر فوجهه كما فى النهر أن الكفالة بلا امر انما تفيد قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدّى زعمه الى غيره أما بالامر الثابت فيتضمن اقرار المطلوب بالمال اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف به فلذا صار مقضيا عليه ثم قال فى النهر وفى الجامع الكبير جعل المسألة مربعة اذ الكفالة اما مطلقة ككفلت بمالك على فلان او مقيدة بألف درهم وكل اما بالامر أو بدونه وقد علمت أن المقيدة اذا كانت بالامر كان القضاء بها عليهما والا فعلى الكفيل فقط وأما المطلقة فان القضاء بها عليهما سواء كانت بالامر اولا لان الطالب لا يتوصل لاثبات حقه على الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل وهذا لان المذهب أن القضاء على الغائب لا يجوز اهـ وتمامه فى الفتح (قوله وهذه حيلة الخ) ذكر فى البحر الاوجه الاربعة المذكورة آنفا عن الجامع ثم ذكر أن المطلقة هى الحيلة فى القضاء على الغائب وأن المقيدة لا تصلح للحيلة لان شرط التعدى على الغائب كونها بأمره اهـ قلت وطريق جعلها حيلة هو المواضعة الآتية بشرط أن يكون له بينة على الدين الذى له على الغائب وهذا ظاهر فى المطلقة عن التقييد بقدر من المال سواء كانت الكفالة بالامر اولا فيتعدّى فيها الحكم الى الغائب لان الكفيل لذا

وفى الهداية وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك (فغاب الاصيل فبرهن المدّعى على الكفيل ان له على الاصيل كذا لم يقبل) برهانه حتى يحضر الغائب فيقضى عليه فيلزمه تبعا للاصيل (وان برهن ان له على زيد الغائب كذا) من المال (وهو) اى الحاضر (كفيل قضى) بالمال (على الكفيل) فقط (ولو زاد بامره قضى عليهما) فللكفيل الرجوع لان المكفول به هنا مال مطلق فأمكن اثباته بخلاف ما تقدّم وهذه حيلة اثبات الدين على الغائب

أقرّ بالكفالة وأنكر الدين على الاصيل فبرهن المدّعى على الدين وقدره لالزام الكفيل به لا يمكن اثباته الا بعد اثباته على الاصيل فيثبت عليهما لان المذهب عندنا كما فى الفتح أن القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادّعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب فاذا ثبت عليهما ثم أبرأ المدّعى الكفيل يبقى المال ثابتا على الغائب وأما الكفالة المقيدة بألف مثلا فلا يتعدّى الحكم فيها الى الغائب الا اذا كانت بأمره كما مرّ تقريره وانما لم تصلح للحيلة مع تعدّى الحكم فيها لانه يحتاج الى اثبات كون الكفالة بالامر وليس له بينة على ذلك ولا تجوز الحيلة باقامة شهود الزور واقرار الكفيل بالدين يقتصر عليه ولا يتعدّى الى الغائب فضلا عن اقراره بكون الكفالة بأمر الغائب وبهذا التقرير يظهر لك أن الاشارة فى قول الشارح وهذه لا مرجع لها الا ان المذكور فى كلامه الكفالة المقيدة وهى بقسميها لا تصلح للحيلة فافهم (قوله وكذا الحوالة) عبارة الفتح وكذا الحوالة على هذه الوجوه اهـ اى انها تكون مطلقة ومقيدة وكل منهما بالامر وبدونه فهى مربعة أيضا وبيانه ما فى شرح المقدسى عن التحرير شرح الجامع الكبير وكذا لو شهدوا على الحوالة المطلقة يكون قضاء على الحاضر والغائب ادّعى الامر اولم يدّع فان شهدوا بالحوالة المقيدة ان ادّعى الامر يكون قضاء على الحاضر والغائب فيرجع وان لم يدّع الامر يكون قضاء على الحاضر خاصة ولا يرجع وتمامه فيه وبه ظهر أن الاشارة بقوله وكذا الحوالة راجعة الى اصل المسألة لا الى بيان جعلها حيلة لان شرط صحة الحوالة كون المال معلوما كما سيأتى فلو قال له ان فلانا أحالنى عليك بألف درهم فأقرّ له بالحوالة بها كان مقرّا بالمال فيلزمه ولا يمكن المدّعى اثباته على الغائب بالبينة وهذه حوالة مطلقة لانها لم تقيد بنوع مخصوص كما سيأتى بيانها فى بابها ان شاء الله تعالى هذا ما ظهر لى (قوله كفالته بالدرك) هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع كما مرّ نهر (قوله تسليم لمبيع) اى تصديق منه بأن المبيع ملك للبائع لانها ان كانت مشروطة فى البيع فتمامه بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب له وان لم تكن مشروطة فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشترى فينزل منزلة الاقرار بالملك فكأنه قال اشترها فانها ملك البائع فان استحقت فأنا ضامن ثمنها نهر (قوله كشفعة) اى لو كان الكفيل شفيعها فلا شفعة له بحر لرضاه بشراء المشترى (قوله فلا دعوى له) اى فلا تسمع دعواه بالملك فيها وبالشفعة وبالاجارة بحر (قوله كتب فيه) بالبناء للمجهول وقوله باع ملكه الخ جملة قصد بها لفظها نائب الفاعل وجملة كتب الخ صفة لصك (قوله كما لو شهد بالبيع الخ) لان الشهادة به على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات نهر عن الزيلعى (قوله مطلق عما ذكر) اى عن قيد الملكية وكونه نافذا باتا فتسمع دعواه الملك بعده اذ ليس فيه ما يدل على اقراره بالملك للبائع لان البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب شهادته ليحفظ الواقعة بخلاف ما تقدم فانه مقيد بما ذكر درر اى ليسعى بعد ذلك فى تثبيت البينة فتح (قوله لانه مجرد اخبار) ولو أخبر بأن فلانا باع شيأ كان له أن يدّعيه درر وقولهم هنا ان الشهادة لا تكون اقرارا بالملك يدل بالاولى على أن السكوت زمانا لا يمنع الدعوى بحر وفى حاشية السيد أبى السعود لكن نقل شيخنا عن فتاوى الشيخ الشلبى أن حضوره مجلس البيع وسكوته بلا عذر مانع له من الدعوى بعد ذلك حسما لباب التزوير اهـ قلت سيأتى آخر الكتاب قبيل الوصايا ان شاء الله تعالى أن ذلك فى القريب والزوجة وكذا فى الجار اذا سكت بعد ذلك زمانا وفى دعوى الخيرية أن علماءنا نصوا فى متونهم وشروحهم وفتاويهم أن تصرّف المشترى فى المبيع مع اطلاع الخصم ولو كان اجنبيا بنحو البناء او الغراس او الزرع يمنعه من سماع الدعوى (قوله ولم يذكر الختم الخ) اى كما قال فى الكنز وشهادته وختمه قال فى الفتح الختم امر كان فى زمانهم اذا كتب اسمه فى الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كيلا يطرقه التبديل وليس هذا فى زماننا اهـ فالحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أولا كذا فى العناية قال فى النهر ولم أر ما لو تعارفوا رسم الشهادة بالختم فقط والذى يجب أن يعوّل عليه اعتبار المكتوب فى الصك فان كان فيه ما يفيد الاعتراف بالملك ثم ختم كان اعترافا به والا لا اهـ (قوله الى شهر) اى بعد شهر فلا مطالبة لك علىّ الآن (قوله هو) اى الضمان (قوله فالقول للضامن) اى مع يمينه فى ظاهر الرواية ط عن الشلبى واحترز به عما روى عن الثانى أن القول للمقرّ له (قوله لانه ينكر المطالبة) اى فى الحال (قوله لان المقرّ له ينكر الاجل) فان المقرّ بالدين أقرّ بما هو سبب المطالبة فى الحال اذ الظاهر أن الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض

ولو خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدّعى عليه مثل هذه الكفالة فيقرّ الرجل بالكفالة وينكر الدين فيبرهن المدّعى على الدين فيقضى به على الكفيل والاصيل ثم يبرأ الكفيل فيبقى المال على الغائب وكذا الحوالة وتمامه فى الفتح والبحر (كفالته بالدرك تسليم) منه (لمبيع) كشفعة فلا دعوى له (ككتب شهادته فى صك كتب فيه باع ملكه أو باع بيعا نافذا باتا) فانه تسليم أيضا كما لو شهد بالبيع عند الحاكم قضى بها اولا (لا) يكون تسليما (كتب شهادته فى صك بيع مطلق) عما ذكر (او كتب شهادته على اقرار العاقدين) لانه مجرد اخبار فلا تناقض ولم يذكر الختم لانه وقع اتفاقا باعتبار عادتهم (قال الكفيل ضمنته لك الى شهر وقال الطالب) هو (حالّ فالقول للضامن) لانه ينكر المطالبة (وعكسه) اى الحكم المذكور (فى) قوله (لك علىّ مائة الى شهر) مثلا (اذا قال الآخر) وهو المقرّ له (حالّة) لان المقرّ له ينكر الاجل

او اتلاف او بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه فى الحال الا ببدل فى الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا لعارض لا نوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها والآخر ينكره وفى الكفالة ما أقر بالدين على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها فى الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها فى الحال او فى المستقبل كالكفالة بما ذاب او بالدرك فانما أقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر اه فتح (قوله وخاف الكذب) اى ان أنكر الدين (قوله او حلوله) اى دعوى المقر له أنه حال بسبب اقرار المقر بالدين (قوله أن يقول الخ) اى المدعى عليه للمدعى وقيل اذا قال ليس لك على حق فلا بأس به اذا لم يرد اتواء حقه زيلعى ولم يذكر أمر حلفه لو استحلف والظاهر أن له ذلك اذ مجرد انكاره مما لا اثر له نهر أى أن قوله لا بأس به اى بانكاره المذكور لا اثر له لان الخصم يطلب تحليفه ويكذبه فى الانكار فالاذن له بالانكار اذن بالحلف ولا يخفى أن ليس للنفى فى الحال الا القرينة على خلافه فاذا حلف وقال ليس لك على حق اى فى الحال فهو صادق فافهم (قوله اذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع) الظرف متعلق بقوله ولا يؤخذ وأراد بالاستحقاق الناقل أما المبطل كدعوى النسب ودعوى الوقف فى الارض المشتراة أو أنها كانت مسجدا يرجع على الكفيل وان لم يقض بالثمن على المكفول عنه وكل الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه بخلاف الناقل ومر تمام أحكامه فى بابه قيد بالاستحقاق لانه لو انفسخ بخيار رؤية أو شرط او عيب لم يؤاخذ الكفيل به وبالثمن لانه لو بنى فى الارض لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء وكذا لو كان المبيع أمة استولدها المشترى وأخذ من المشترى مع الثمن قيمة الولد والعقر لم يرجع على الكفيل الا بالثمن كذا فى السراج نهر (قوله لا ينتقض البيع) ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز ولو بعد قبضه وهو الصحيح فما لم يقض بالثمن على البائع لا يجب رد الثمن على الاصيل فلا يجب على الكفيل وقوله كما مر أى فى باب الاستحقاق وانظر ما كتبناه هناك (قوله اى الموظف فى كل سنة) لانه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون وتمامه فى الزيلعى وهذا التعليل اعتمده جميعا فيدل على اختصاص الخراج المضمون بالموظف أما خراج المقاسمة فجزء من الخارج وهو عين غير مضمون حتى لو هلك لا يؤخذ بشئ والكفالة بأعيان لا تجوز ط (قوله على خلاف ما اطلقه فى البحر) فانه قال وأطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة وخصصه بعضهم بالموظف الخ ووجه الاعتراض على البحر حيث حمل كلام الكنز على الاطلاق مع وجود القرينة المذكورة على التقييد بالموظف فكان الاولى التقييد فافهم وكذا التعليل المار يدل عليه ولذا قال فى الفتح وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة فانه غير واجب فى الذمة (قوله منقوض) النقض لصاحب البحر (قوله وكذا النوائب) جمع نائبة وفى الصحاح النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر اه وفى اصطلاحهم ما يأتى قال فى الفتح قيل أراد بها ما يكون بحق كأجرة الحراس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى اذا لم يكن فى بيت المال شئ وغيرهما مما هو بحق فالكفالة به جائزة بالاتفاق لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولى الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال اولزمه ولا شئ فيه وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس فى زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان فى كل يوم او شهر فانها ظلم فاختلف المشايخ فى صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة فى صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق او باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغى أن من قال الكفالة ضم فى الدين يمنعها هنا ومن قال فى المطالبة يمكن أن يقول بصحتها او يمنعها بناء على انها فى المطالبة بالدين او مطلقا اه اى فان قال بالدين منعها وان قال مطلقا اى بالدين وغيره أجازها (قوله حتى لو أخذت الخ) تأييد للقول بجواز الكفالة بها فانها اذا أخذت من الاكار وجاز له الرجوع بها بلا كفالة فمع الكفالة بالاولى لكن فى البزازية لا يرجع الاكار فى ظاهر الرواية وقال الفقيه يرجع وان أخذ من الجار لا يرجع وزاد فى جامع الفصولين أن احد الشريكين لو أدى الخراج يكون متبرعا نعم فى اخر اجارات القنية برمز ظهير الدين المرغينانى وغيره المستأجر اذا أخذ منه الجباية الراتبة على الدور والحوانيت يرجع على الآجر وكذا الاكار فى الارض وعليه الفتوى اه (قوله وعليه الفتوى) راجع لقوله ولو بغير حق وكذا المسألة الاكار كما علمت وفى البحر وظاهر كلامهم ترجيح الصحة اى فى كفالة

والحيلة لمن عليه دين مؤجل وخاف الكذب أو حلوله باقراره أن يقول أهو حال او مؤجل فان قال حال انكره ولا حرج عليه زيلعى (ولا يؤخذ ضامن الدرك اذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن) اذ بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على الظاهر كما مر (وصح ضمان الخراج) اى الموظف فى كل سنة وهو ما يجب عليه فى الذمة بقرينة قوله (والرهن به) اذ الرهن بخراج المقاسمة باطل نهر على خلاف ما اطلقه فى البحر وتجويز الزيلعى الرهن فى كل ما تجوز به الكفالة بجامع التوثق منقوض بالدرك لجواز الكفالة به دون الرهن (وكذا النوائب) ولو بغير حق كجبايات زماننا فانها فى المطالبة كالديون بل فوقها حتى لو أخذت من الاكار فله الرجوع على مالك الارض وعليه الفتوى صدر الشريعة وأقره المصنف وابن الكمال

النوائب بغير حق ولذا قال فى ايضاح الاصلاح والفتوى على الصحة وفى الخانية الصحيح الصحة ويرجع على المكفول عنه ان كان بأمره اه وعليه مشى فى الاختيار والمختار والملتقى ثم صحح صاحب الخانية فى شرحه على الجامع الصغير عدم الصحة وكذلك افتى فى الخيرية بعدم الصحة مستندا لما فى البزازية والخلاصة من انه قول عامة المشايخ ولما فى العمادية من أن الاسير لو قال لغيره خلصنى فدفع المأمور مالا وخلصه قال السرخسى يرجع وقال صاحب المحيط لا وهو الاصح وعليه الفتوى قال فهذا يدفع ما فى الاصلاح وما فى الخانية والعلة فيه أن الظلم يجب اعدامه ويحرم تقريره وفى القول بصحته تقريره اه ملخصا قلت غاية الامر انهما قولان مصححان ومشى على الصحة بعض المتون وهو ظاهر اطلاق الكنز وغيره لفظ النوائب فكان ارجح وأما مسألة الاسير فليس فيها كفالة ولا أمر بالرجوع على انه فى الخانية صحح انه يرجع على الاسير وبه جزم فى شرح السير الكبير بلا حكاية خلاف كما قدمناه فى متفرقات البيوع وأما قوله والعلة فيه الخ فهو مدفوع بما رأيته فى هامش نسختى المنح بخط بعض العلماء وأظنه السيد الحموى مما حاصله أن المراد من صحة الكفالة بالنوائب رجوع الكفيل على الاصيل لو كانت الكفالة بالامر لا انه يضمن لطالبها الظالم لان الظلم يجب اعدامه ولا يجوز تقريره فلا تغتر بظاهر الكلام اه وهو تنبيه حسن ولهذا لم يذكروا الرجوع على الكفيل بل اقتصروا على بيان الرجوع على الاصيل لو الكفالة بأمره وليس فى هذا تقرير الظلم بل فيه تخفيفه لانه لولا الكفالة يحبس الظالم المكفول ويضربه ويكلفه بيع عقاره وسائر أملاكه بثمن بخس او بالاستدانة بالمرابحة ونحو ذلك مما هو مشاهد ولعلهم لهذا أجازوا هذه الكفالة وان لم يجيزوها بثمن خمر ونحوه والله سبحانه أعلم (قوله وقيده شمس الائمة) لا مرجع فى كلامه لهذا الضمير والمناسب قول النهر وفى الخانية قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع وهو الصحيح وقيده شمس الائمة الخ اى قيد قوله بأمره وهذا التقييد ظاهر اذ لا خفاء أن أمر المكره غير معتبر (فرع) فى مجموع النوازل جماعة طمع الوالى أن يأخذ منهم شيأ بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الوالى ببعضهم فقال المختفون لهم لا تطلعوه علينا وما اصابكم فهو علينا بالحصص فلو أخذ منهم شيأ فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من جوز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح فتح (قوله لم يعتبر أمره بالرجوع) الاصوب فى الرجوع كما هو فى البحر وغيره عن العناية للاكمل فالباء بمعنى فى متعلقة بيعتبر لا بأمر لانه ليس المراد أنه أمره بالرجوع عليه بل أمره بقضاء النائبة وان لم يشترط الرجوع وحينئذ فالمعنى انه اذا كان مكرها بالامر بالقضاء لم يعتبر أمره فى حق الرجوع لفساد الامر بالاكراه فلا رجوع للمأمور عليه (قوله بلا شرط) اى بلا شرط الرجوع (قوله على الصحيح) مخالف لما قدمه فى النفقات من أن الصحيح عدم الرجوع وبه يفتى ففيه اختلاف التصحيح كما ذكرناه آنفا (قوله على هامشها) اى هامش البزازية وفى القاموس الهامش حاشية الكتاب مولد (تتمة) من اصحابنا من قال الافضل أن يساوى اهل محلته فى اعطاء النائبة قال القاضى هذا كان فى زمانهم لانه اعانة على الحاجة والجهاد أما فى زماننا فاكثر النوائب تؤخذ ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له نهر وتمامه فى الفتح ونقل فى القنية أن الاولى الامتناع ان لم يحمل حصته على الباقين والا فالاولى عدمه ثم قال وفيه اشكال لان الاعطاء اعانة للظالم على ظلمه (قوله اى النصيب من النائبة) اى حصة الشخص منها اذا قسمها الامام فتح (قوله وقيل هى النائبة الموظفة) والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغايرا فتح (قوله وقيل غير ذلك) قال فى النهر وقيل هو أن يقسم ثم يمنع أحد الشريكين قسم صاحبه وقال الهندوانى هى أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة فيضمنه انسان ليقوم مقامه فيها (قوله فانه امن) بقصر الهمزة على تقدير مضاف اى ذو أمن او بمدها على صورة اسم الفاعل بمعنى المفعول كساحل بمعنى مسحول او بمعنى آمن سالكه مثل نهاره صائم وعلى الوجهين عيشة راضية (قوله لم يضمن) مثله كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فاكله فمات لا ضمان عليه وكذا لو أخبره رجل انها حرة فتزوجها ثم ظهرت مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر أشباه ط (قوله والمسألة بحالها) اى فسلكه وأخذ ماله ط (قوله ضمن) أما لو قال له ان أكل ابنك سبع او اتلف مالك سبع فأنا ضامن لا يصح هندية لما تقدم من أن السبع لا يكفل وأن فعله جبار ط (قوله هذا وارد الخ) أقول صحة الضمان لا من حيث صحة الكفالة حتى يرد ما ذكر بل من حيث انه غره لان الغرور يوجب الرجوع اذا كان بالشرط ابو السعود ط ولذا اعقبه الشارح بذكر الاصل لكن

وقيده شمس الائمة بما اذا امره به طائعا فلو مكرها فى الامر لم يعتبر أمره بالرجوع ذكره الاكمل وقالوا من قام بتوزيعها بالعدل أجر وعليه فلا يفسق حيث عدل وهو نادر وفى وكالة البزازية قال لرجل خلصنى من مصادرة الوالى او قال الاسير ذلك فخلصه رجع بلا شرط على الصحيح قلت وهذا يقع فى ديارنا كثيرا وهو أن الصوباشى يمسك رجلا ويعذبه فيقول لآخر خلصنى فيخلصه بمبلغ فحينئذ يرجع بغير شرط الرجوع بل بمجرد الامر فتدبر كذا بخط المصنف على هامشها فليحفظ (والقسمة) اى النصيب من النائبة وقيل هى النائبة الموظفة وقيل غير ذلك وأيا ما كان فالكفالة بها صحيحة صدر الشريعة (قال) رجل (لآخر اسلك هذا الطريق فانه أمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن ولو قال ان كان مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن) والمسألة بحالها (ضمن) هذا وارد على ما قدمه بقوله ولا تصح بجهالة المكفول عنه كما فى الشرنبلالية

بأتى أن ضمان الغرور فى الحقيقة هو ضمان الكفالة ثم اعلم أن المصنف تابع فى ذكر هذه المسألة صاحب الدرر عن العمادية وعزاها البيرى الى الذخيرة بزيادة ان المكفول عنه مجهول ومع هذا جوّزوا الضمان اه لكن قال فى الثالث والثلاثين من جامع الفصولين برمز المحيط ماذكر من الجواب مخالف لقول القدورى من قال لغيره من غصبك من الناس أومن بايعت من الناس فأنا ضامن لذلك فهو باطل اه وأجاب فى نور العين بأن عدم الضمان فى مسألة القدورى لعدم التغرير فظهر الفرق قلت لكن فى البزازية وذكر القاضى بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلىّ أوقال لرجل ان هلك عينك هذا فأنا ضامن لم يصح اه الا أن يجاب بأن قوله بايع فلانا لا تغرير فيه لعدم العلم بحصول الخسران فى المبايعة معه ولانّ الخسران يحصل بسبب جهل المأمور بأمر البيع والشراء بخلاف قوله اسلك هذا الطريق والحال انه مخوف فانّ الطريق المخوف يؤخذ فيه المال غالبا ولا صنع فيه للمأمور فقد تحقق فيه التغرير فاذا ضمنه الآمر نصا رجع عليه ولعلهم أجازوا الضمان فيه مع جهل المكفول عنه زجرا عن هذا الفعل كما فى تضمين الساعى والله سبحانه اعلم (قوله فى ضمن المعاوضة) فيرجع على البائع بقيمة الولد اذا استحقت بعد الاستيلاد وبقيمة البناء بعد أن يسلم البناء اليه واحترز عما اذا كان فى ضمن عقد التبرّع كالهبة والصدقة (قوله اوضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا) اى كمسألة المتن الثانية فانه نص فيها على الضمان بخلاف الاولى وتمام عبارة الدرر حتى لوقال الطحان لصاحب الحنطة اجعل الحنطة فى الدلو فذهب من ثقبه ما كان فيه الى الماء والطحان كان عالما به يضمن لانه صار غارّا فى ضمن العقد بخلاف المسألة الاولى لان ثمة ماضمن السلامة بحكم العقد وهنا العقد يقتضى السلامة كذا فى العمادية اه وأراد بالاولى قوله اسلك هذا الطريق فانه امن ويظهر من التعليل أن قوله حتى لوقال الخ تفريع على الاصل الاوّل وقوله ان كان عالما به اى بثقب الدلو يشكل عليه مسألة الاستحقاق (قوله وتمامه فى الاشباه) ذكرناه فى آخر باب المرابحة وتكلمنا عليه هنالك فراجعه (قوله هو ضمان الكفالة) أما فى الاصل الثانى فهو ظاهر لان شرطه أن يذكر الضمان نصا وأما فى الاوّل فلان عقد المعاوضة يقتضى السلامة فكانه بسبب أخذ العوض ضمن له سلامة المعوّض (قوله لوكفالته حالة) ينبغى أن يجرى فيه ماسيذكره الشارح آخر الباب عن المحيط (قوله ليخلصه بأداء أوابراء) اى بأن يؤدّى المال اليه اوالى الطالب أوبأن يتكلم مع الطالب ليبرئ الكفيل (قوله بردّه اليه) فى بعض النسخ بردّه بالباء الموحدة وهى أحسن فهو متعلق بيخلصه اى بردّ نفسه وتسليمها الى الطالب (قوله اى لو بأمره) لانّ الكفيل بلا أمر متبرّع ليس له مطالبة الاصيل بمال ولا نفس حتى انه لا يأثم بالامتناع من تسليم نفسه معه كما مرّ سابقا (قوله من قام عن غيره بواجب بأمره الخ) الظاهر أن المراد بالواجب اللازم شرعا أوعادة ليصح استثناء التعويض عن الهبة ونفس الهبة الا أن يكون لفظ الا بمعنى لكن وقوله بأمره متعلق بقام (قوله أمره بتعويض عن هبته) اى أمر الموهوب له رجلا أن يعوّض الواهب عن هبته (قوله وباطعام الخ) وكذا لوقال أحجّ عنى رجلا أوأعتق عنى عبدا عن ظهارى خانية فالمراد الواجب الاخروى (قوله وبأن يهب فلانا) فلوقال هب لفلان عنى ألفا تكون من الآمر ولا رجوع للمأمور عليه ولا على القابض وللآمر الرجوع فيها والدافع متطوع ولوقال على أنى ضامن ضمن للمأمور وللآمر الرجوع فيها دون الدافع خانية (قوله فى كل موضع الخ) فالمشترى أوالغاصب اذا أمر رجلا بأن يدفع الثمن اوبدل الغصب الى البائع اوالمالك كان المدفوع اليه مالكا للمدفوع بمقابلة مال هو المبيع اوالمغصوب وظاهره أن الهبة لوكانت بشرط العوض فأمره بالتعويض عنها يرجع بلا شرط لوجود الملك بمقابلة مال بخلاف مالو أمره بالاطعام عن كفارته اوبالاحجاج عنه ونحوه فانه ليس بمقابلة مال فلا رجوع للمأمور على الآمر الا بشرط الرجوع ويرد عليه الامر بالانفاق عليه فانه قدم أنه يرجع بلا شرط مع أنه ليس بمقابلة ملك مال وكذا الامر بأداء النوائب وبتخليص الاسير على مامرّ هذا وسيذكر المصنف فى باب الرجوع عن الهبة اصلا آخر وهو كل مايطالب به بالحبس والملازمة فالامر بأدائه يثبت الرجوع والا فلا الا بشرط الضمان ويرد عليه أيضا الامر بالانفاق وانظر ماحرّرناه فى تنقيح الحامدية (قوله الكفيل للمختلعة الخ) صورته خالعت زوجها على مهرها مثلا ولها عليه دين فكفله به لها رجل ثم جدّدا عقد النكاح بينهما لا يبرأ الكفيل لعدم مايسقط ماثبت عليه بالكفالة أفاده ط (قوله ثوب الخ) تابع صاحب

الملتقط

والاصل أن المغرور انما يرجع على الغارّ اذا حصل الغرور فى ضمن المعاوضة أوضمن الغارّ صفة السلامة للمغرور نصا درر وتمامه فى الاشباه ومرّ فى المرابحة (فروع) * ضمان الغرور فى الحقيقة هو ضمان الكفالة * للكفيل منع الاصيل من السفر لوكفالته حالة ليخلصه منها بأداء اوابراء وفى الكفيل بالنفس بردّه اليه كما فى الصغرى اى لو بأمره * من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع وان لم يشترطه كالامر بالانفاق عليه وبقضاء دينه الا فى مسائل * أمره بتعويض عن هبته وباطعام عن كفارته وبأداء عن زكاة ماله وبأن يهب فلانا عنى ألفا فى كل موضع يملك المدفوع اليه المال المدفوع اليه مقابلا بملك مال فان المأمور يرجع بلا شرط والا فلا وتمامه فى وكالة السراج والكل من الاشباه وفى الملتقط الكفيل للمختلعة بمالها على الزوج من الدين لا يبرأ بتجدد النكاح بينهما * ثوب غاب عن دلال

لاضمان عليه ولو غاب عن صاحب الحانوت وقد ساوم واتفقا على الثمن فعليه قيمة الثوب ولو طاف به الدلال ثم وضعه في حانوت فهلك ضمن الدلال بالاتفاق ولاضمان على صاحب الحانوت عند الامام لانه مودع المودع * دلال معروف في يده ثوب تبين أنه مسروق فقال رددت على الذي أخذت منه برئ ولو قال طالب غريمي في مصر كذا فاذا أخذت مالي فلك عشرة منه يجب أجر المثل لايزاد على عشرة ملتقط وأفتيت بأن ضمان الدلال والسمسار الثمن للبائع باطل لانه وكيل بالاجر وذكروا أن الوكيل لايصح ضمانه لانه يصير عاملا لنفسه فليحرر اه (فائدة) ذكر الطرسوسي في مؤلف له أن مصادرة السلطان لارباب الاموال لاتجوز الالعمال بيت المال مستدلا بأن عمر رضي الله عنه صادر أبا هريرة اه وذلك حين استعمله على البحرين ثم عزله وأخذ منه اثني عشر ألفا ثم دعاه للعمل فأبى رواه الحاكم وغيره وأراد بعمال بيت المال خدمته الذين يجبون امواله ومن ذلك كتبته اذا توسعوا في الاموال لان ذلك دليل على خيانتهم ويلحق بهم كتبة الاوقاف ونظارها اذا توسعوا وتعاطوا انواع اللهو وبناء الاماكن فللحاكم أخذ الاموال منهم وعزلهم فان عرف خيانتهم في وقف معين ردّ المال اليه والا وضعه في بيت المال نهر وبحر وفي التلخيص لو كفل الحال مؤجلا تأخر عن الاصيل ولو قرضا لان الدين واحد قلت وقدمنا انها حيلة تأجيل القرض وسيجيء أن للمديون السفر قبل حلول الدين وليس للدائن منعه ولكن يسافر معه فاذا حل منعه ليوفيه واستحسن ابو يوسف أخذ كفيل شهرا لامرأة طلبت كفيلا بالنفقة لسفر الزوج وعليه الفتوى وقاس عليه في المحيط بقية الديون لكنه مع الفارق كما في شرح الوهبانية للشرنبلالي

الملتقط في ذكر هذه الفروع في الكفالة لمناسبة الضمان والافحلها الوديعة أو الاجارات (قوله لاضمان عليه) هذا الوضاع منه أما لو قال لاأدري في أي حانوت وضعته ضمن نقله بعض المحشين عن الخانية وذكر الشارح نحوه آخر الوديعة (قوله واتفقا على الثمن) اى قبل العقد فيكون مقبوضا على سوم الشراء (قوله ضمن الدلال بالاتفاق) أقول هذا اذا وضعه أمانة عند صاحب الدكان أما لو وضعه عنده ليشتريه ففيه خلاف مذكور في الثالث والثلاثين من جامع الفصولين فقيل يضمن لانه مودع وليس للمودع أن يودع وقيل لايضمن في الصحيح لانه أمر لابد منه في البيع وبه جزم في الوهبانية كما نقله الشارح عنها آخر الاجارات (قوله برئ) لانه كغاصب الغاصب اذا ردّ على الغاصب يبرأ وانما يبرأ لو أثبت ردّه بحجة جامع الفصولين (قوله لانه يصير عاملا لنفسه) اذ ولاية القبض له والضامن يعمل لغيره ط فلو أن وكيل البيع ضمن الثمن لموكله وأدى يرجع ولو أدى بلاضمان لايرجع كما في الفصولين وقدمر (قوله الالعمال بيت المال) اى اذا كان يردّه لبيت المال أو على اربابه ان علموا كما ذكره في آخر العبارة (قوله رواه الحاكم وغيره) اخرج في الدر المنثور في سورة يوسف في قوله تعالى اجعلني على خزائن الارض قال اخرج ابن أبي حاتم والحاكم عن ابي هريرة قال استعملني عمر على البحرين ثم نزعني وغرمني اثني عشر ألفا ثم دعاني بعد الى العمل فأبيت فقال لم وقد سأل يوسف العمل وكان خيرا منك فقلت ان يوسف عليه السلام نبي ابن نبي ابن نبي ابن نبي وأنا ابن امية وأخاف أن أقول بغير علم وأفتي بغير علم وأن يضرب ظهري ويشتم عرضي ويؤخذ مالي اه بحر قلت ولعل مذهبه أن هدية العمال جائزة بخلاف مذهب عمر رضي الله تعالى عنه فلذا اغرمه (قوله ويلحق بهم الخ) قال السيد الحموي هذا مما يعلم ويكتم ولاتجوز الفتوى به لانه يكون ذريعة الى مالايجوز وذلك لان حكام زماننا لو أفتوا بهذا وصادروا من ذكر لايردون الاموال الى الاوقاف وان علمت اعيانها ولا لبيت المال بل يصرفونها فيما لايليق ذكره فليكن هذا على ذكر منك اه قلت والفاعل لهذا عمر وأين عمر ط (قوله وفي التلخيص الخ) قدمنا عند قوله ولو ابرأ الاصيل أو أخر عنه برئ الكفيل ولا ينعكس أن هذا مخالف لما في كل الكتب ولايجوز العمل به بل يتأخر عن الكفيل فقط دون الاصيل (قوله وقدمنا) اى قبيل فصل القرض وذكرنا هناك أيضا ما فيه كفاية (قوله وسيجيء) اى في فصل الحبس من كتاب القضاء (قوله وليس للدائن منعه الخ) وكذا ليس له أن يطالبه باعطاء الكفيل وان قرب حلول الاجل كما في الاقضية وذكر في المنتقى يطالبه باعطاء الكفيل وان كان الدين مؤجلا وتمامه في التاسع والعشرين من نور العين وفصل في القنية بأنه ان عرف المديون بالمطل والتسويف يأخذ الكفيل والافلا اه فالاقوال ثلاثة (قوله واستحسن الخ) وفي الظهيرية قالت زوجي يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيلا لايجيبها الحاكم الى ذلك لانها لم تجب بعد واستحسن الامام الثاني أخذ الكفيل رفقا بها وعليه الفتوى ويجعل كانه كفل بما ذاب لها عليه اه بحر عند قوله وتصح بالنفس وان تعددت قال في النهر وظاهره يفيد أنه يكون كفيلا بنفقتها عند الثاني مادام غائبا ووقع في كثير من العبارات أنه استحسن أخذ الكفيل بنفقة شهر وقد قالوا كما في الجمع لو كفل لها بنفقة كل شهر لزمته مادام النكاح بينهما عند أبي يوسف وقالا يلزمه نفقة شهر اه وقدم الشارح نحو هذا عن الخانية عند قول المصنف وبما بايعت فلانا فعلي لكن هذا فيما لو كفل بلا اجبار والظاهر أن ماوقع في كثير من العبارات فيما اذا أراد القاضي اجباره على اعطاء كفيل ثم في نور العين عن الخلاصة لو علم القاضي أن الزوج يمكث في السفر اكثر من شهر يأخذ الكفيل بأكثر من شهر عند أبي يوسف اه (قوله وقاس عليه الخ) في البحر عن المحيط بعد مامرّ عن أبي يوسف لو أفتى بقول الثاني في سائر الديون بأخذ الكفيل كان حسنا رفقا بالناس اه قال وفي شرح المنظومة لابن الشحنة هذا ترجيح من صاحب المحيط اه ومثله في النهر (قوله لكنه مع الفارق) عبارة الشرنبلالي في شرحه لكن الفرق ظاهر بين نفقة المرأة التي يؤدي تركها الى هلاكها وبين دين الغريم الذي ليس كذلك اه قلت ورأيت بخط شيخ مشايخنا التركماني وتعليل الرفق من صاحب المحيط والصدر الشهيد يفيد أنه لافرق بين نفقة المرأة وبين دين الغريم وأي رفق في أن يقال لصاحب الدين سافر معه الى أن يحل الاجل اذ ربما يصرف في السفر اكثر من دينه فلو أفتى بقول صاحب المحيط وحسام الدين الشهيد والمنتقى والمحيبة كان حسنا وفيه حفظ لحقوق العباد من الضياع والتلف خصوصا في هذا الزمان اه ونحوه في مجموعة السائحاني واليه يميل كلام الشارح بقرينة الاستدراك عليه وفي البيري عن خزانة

الفتاوى يأخذ كفيلا أو رهنا بحقه وإن كان ظاهر المذهب عدمه لكن المصلحة في هذا لما ظهر من التعنت والجحود في الناس اهـ ثم رأيت المفتي أبا السعود أفتى به في معروضاته (قوله لو حبس المديون الخ) تقدم هذا في قول المتن وإذا حبسه له حبسه وتقدم بيان شروطه وقوله حبس بالنصب لأنه تنازع فيه جاز وأراد وأعمل الثاني وأضمر للأول مرفوعه ولو أعمل الأول لوجب أن يقال وأراده بإبراز الضمير فافهم (قوله ثم الكفيل الخ) تقدم هذا أيضا عند قول المصنف وإذا حل على الكفيل بموته لا يحل على الأصيل (قوله من قبل ما التأجيل تم) ما مصدرية والتأجيل فاعل لفعل محذوف دل عليه المذكور وهو تم فافهم والله سبحانه أعلم

(باب كفالة الرجلين)

شروع فيما هو كالمركب بعد الفراغ من المفرد ط (قوله بأن اشتريا منه عبدا بمائة) أشار إلى استواء الدينين صفة وسببا فلو اختلفا صفة بأن كان ما عليه أي ما على المؤدي مؤجلا وما على صاحبه حالا فإذا أدى صح تعيينه عن شريكه ويرجع به عليه وعلى عكسه لا يرجع لأن الكفيل إذا عجل دينا مؤجلا ليس له الرجوع على الأصيل قبل الحلول ولو اختلف سببهما نحو أن يكون ما على أحدهما قرضا وما على الآخر ثمن مبيع فإنه يصح تعيين المؤدي لأن النية في الجنسين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو بحر عن الفتح (قوله وكفل كل عن صاحبه) فلو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل جعله عن صاحبه فإنه يصدق بحر (قوله بأمره) وإلا فلا رجوع بشيء أصلا (قوله زائدا على النصف) المراد أن يكون زائدا على ما عليه ولو كان دون النصف أو أكثر ط (قوله لرجحان جهة الأصالة على النيابة) لأن الأول دين عليه والثاني مطالبة بلا دين ثم هو تابع فوجب صرف المؤدي إلى الأقوى حتى على القول بجعل الدين على الكفيل مع المطالبة فإن ما عليه بالأصالة أقوى فإن من اشترى في مرض موته شيئا كان من كل المال ولو مديونا ولو كفل كان من الثلث إلا إذا كان مديونا فلا يجوز أفاده في الفتح (قوله لأدى إلى الدور) لأنه لو جعل شيء من المؤدي عن صاحبه فلصاحبه أن يقول أداؤك كأدائي فإن جعلت شيئا من المؤدي عني ورجعت علي بذلك فلي أن أجعل المؤدي عنك كما لو أديت بنفسي فيفضي إلى الدور كذا في الكفاية وذكر في الفتح أنه ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما توقف عليه بل اللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدي إليه وتمامه فيه (قوله كل واحد منهما بجميعه منفردا) قيد بقوله بجميعه للاحتراز عما لو تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل عن صاحبه فهي كالمسألة الأولى في الصحيح فلا يرجع حتى يزيد على النصف وبقوله منفردا وهو حال من كل للاحتراز عما لو تكفلا عن الأصيل بجميع الدين معا ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهو كذلك لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الأصيل بالجميع كما في البحر وفي نور العين عن النهاية عن الشافي ثلاثة كفلوا بألف يطالب كل واحد بثلث الألف وإن كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي والمرغيناني والتمرتاشي اهـ (قوله ثم كفل كل من الكفيلين عن صاحبه) قيد به لأنه بدون ذلك لا رجوع لأحدهما على الآخر وفي الهندية عن المحيط كفل ثلاثة عن رجل بألف فأدى أحدهم برئوا جميعا ولا يرجع على صاحبيه بشيء ولو كان كل واحد كفيلا عن صاحبه رجع المؤدي عليهما بالثلثين ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بالألف هذا إذا ظفر أي المؤدي بالكفيلين فإن ظفر بأحدهما رجع عليه بالنصف ثم رجعا على الثالث بالثلث ثم رجعوا جميعا على الأصيل بالألف وإن ظفر بالأصيل قبل أن يظفر بصاحبه رجع عليه بجميع الألف اهـ (قوله بالجميع) احتراز عما لو تكفل كل عن الأصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف فإنه كالأولى كما في البحر (قوله وبهذه القيود) أي كون كفالة كل منهما عن الأصيل بالجميع وكونها على التعاقب وكون كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع أيضا (قوله خالفت الأولى) أي في الحكم وإلا فالموضوع مختلف فإن أصل الدين في الأولى عليهما لا آخر وفي الثانية على غيرهما وقد كفلا به (قوله رجع بنصفه على شريكه) أي ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه بحر (قوله لكون الكل كفالة هنا) أي ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر فلا ترجيح للبعض على البعض ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة بخلاف ما تقدم وتمامه

لكن في المنظومة المحبية

لو قال مديون في مراده السفر
وأجل الدين عليه ما استقر
وطلب التكفيل قالوا يلزم
عليه إعطاء كفيل يعلم
لو حبس الكفيل قالوا جاز له
إذا أراد حبس من قد كفله
لأنه قد كان ذا لأجله
حبس فليجازه بفعله
ثم الكفيل إن يمت قبل الأجل
لا شك أن الدين في ذا الحال حل
عليه فالوارث إن أدى لم
يرجع به من قبل ما التأجيل تم

(باب كفالة الرجلين)

(دين عليهما لآخر) بأن اشتريا منه عبدا بمائة (وكفل كل عن صاحبه) بأمره (جاز ولم يرجع على شريكه إلا بما أداه زائدا على النصف) لرجحان جهة الأصالة على النيابة ولأنه لو رجع بنصفه لأدى إلى الدور دور (وإن كفلا عن رجل بشيء بالتعاقب) بأن كان على رجل دين فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه منفردا (ثم كفل كل) من الكفيلين (عن صاحبه) بأمره بالجميع وبهذه القيود خالفت الأولى (فما أدى) أحدهما (رجع بنصفه على شريكه) لكون الكل كفالة هنا (أو) يرجع إن شاء (بالكل على الأصيل) لكونه كفل بالكل بأمره

فى الفتح (قوله اخذ الآخر) ضبطه فى النهر بالمد وهو غير متعين ففى المصباح آخذه الله اهلكه وآخذه بذنبه عاقبه عليه وآخذه بالمد مؤاخذة كذلك اه (قوله بكله) لان ابراء الكفيل لا يوجب ابراء الاصيل والثانى كفيل عنه بكله فيأخذه بكله نهر (قوله ولو افترق المفاوضان) قيد بالمفاوضين لان شريكى العنان لو افترقا وثمة دين لم يأخذ الغريم أحدهما الا بما يخصه نهر (قوله أخذ الغريم) يطلق الغريم على من له الدين ومن عليه كما فى ط عن الدستور (قوله لتضمنها الكفالة) ولا تبطل بالافتراق ط عن الاتقانى (قوله كما مر) اى فى كتاب الشركة (قوله لما مر) اى فى المسألة الاولى من انه أصيل فى النصف وكفيل فى الآخر فما أدى يصرف الى ما عليه بحق الاصالة فان زاد على النصف كان الزائد عن الكفالة فيرجع نهر (قوله كتابة واحدة) بأن قال كاتبتكما على ألف الى سنة قيد بالواحدة لانه لو كاتب كلا على حدة فكفل كل منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسا واستحسانا اه كفاية (قوله صح استحسانا) والقياس أن لا يصح لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل ذلك باطل فيكون شرطها فى الكتابة مفسدا وجه الاستحسان أن هذا عقد يحتمل الصحة بأن يجعل كل واحد فى حق المولى كان المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة وفى الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون منقسما عليهما ولكنا قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة وفيما وراء ذلك العبرة للحقيقة كفاية (قوله المعتق) مبنى للمجهول والآخر معطوف عليه منصوبان على البدلية من اياشاء أو مرفوعان بفعل محذوف دل عليه المذكور أو على الابتداء والخبر محذوف أى مؤاخذ (قوله لكفالته) اى يرجع بما اداه عنه من بدل الكتابة لكفالته بأمره وجازت الكفالة ببدل الكتابة هنا لانها فى حالة البقاء وفى الابتداء كان كل المال عليه نهر (قوله لم يظهر فى حق مولاه الخ) أفاد أن حكم ما يظهر وهو ما يؤاخذ به للحال كذلك بالاولى كدين الاستهلاك عيانا وما لزمه بالتجارة باذن المولى وجعله الزيلعى قيدا احترازيا وهو سهو بحر (قوله لزمه باقراره) اى وكذبه المولى بحر (قوله أو استقراض) اى او بيع وهو محجور عليه بحر (قوله لحلوله على العبد) لوجود السبب وقبول الذمة بحر (قوله وعدم مطالبته لعسرته) اذ جميع ما فى يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين به فتح (قوله والكفيل غير معسر) فالمانع الذى تحقق فى الاصيل منتف عن الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به فى الحال كما لو كفل عن مفلس او غائب يلزمه فى الحال مع أن الاصيل لا يلزمه وتمامه فى الفتح (قوله ويرجع بعد عتقه) لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه بحر وقوله لو بأمره اى لو كانت الكفالة بأمر العبد وبقى ما لو كفل بدين الاستهلاك المعاين قال فى الفتح ينبغى أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته او القضاء عنه وبحث اهل الدرس هل المعتبر فى هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندى الثانى لان الرجوع فى الحقيقة على السيد اه قال فى النهر ورأيت مقيدا عندى أن ما قوى عنده هو المذكور فى البدائع قال ط فلو كانت بأمر العبد لا يرجع عليه الا بعد العتق فالحاصل أن ضمان العبد فيما لا يؤاخذ به حالا صحيح والرجوع عليه بعد العتق ان كان بأمره وضمانه فيما يؤاخذ به حالا ان كان بأمر السيد صح ورجع به حالا عليه وان كان بأمر العبد صح ورجع به عليه بعد العتق كذا يؤخذ من كلامهم اه (قوله كما مر) اى عند قول المتن ولا ينعكس من قوله ثم لو تكفل بالحال مؤجلا تأجل عنهما الخ (قوله فمات العبد) بأن ثبت موته ببرهان ذى اليد أو بتصديق المدعى فلو لم يكن ثمة برهان ولا تصديق لم يقبل قول ذى اليد انه مات بل يحبس هو والكفيل فان طال الحبس ضمن القيمة وكذا الوديعة المجحودة نهر عن النهاية (قوله فبرهن المدعى) قيد بالبرهان لانه لو ثبت ملكه باقرار ذى اليد أو بنكوله لم يضمن شيأ نهر (قوله لجوازها بالاعيان المضمونة) اى بنفسها وفيما يجب على ذى اليد رد العين فان هلكت وجب رد القيمة (قوله ولو ادعى على عبد مالا) اى معلوم القدر بأن قال أخذ منى كذا بالغصب او استهلكه ط (قوله برئ الكفيل) اى كما لو كان المكفول بنفسه حرا قال فى النهر واعلم أن هاتين المسألتين مكررتان أما الاولى فلاستفادتها من قوله فيما مر ومغصوب وأما الثانية فلما تقدمه من أن الكفالة بالنفس تبطل بموت المطلوب اه قال فى البحر لكن ذكر الثانية هنا ليبين الفرق بينها وبين الاولى وهو ظاهر لان المكفول به فى الاولى رقبة العبد وهى مال وهى لا تبطل

(وان أبرأ الطالب أحدهما اخذ) الطالب الكفيل (الآخر بكله) بحكم كفالته (ولو افترق المفاوضان) وعليهما دين (أخذ الغريم أيا) شاء (منهما بكل الدين) لتضمنها الكفالة كما مر (ولا رجوع) على صاحبه (حتى يؤدى اكثر من النصف) لما مر (كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل) من العبدين (عن صاحبه صح) استحسانا (و) حينئذ (ما ادى احدهما رجع) على صاحبه (بنصفه) لاستوائهما (ولو أعتق المولى (احدهما) والمسألة بحالها (صح وآخذ أيا شاء منهما بحصة من لم يعتقه) المعتق بالكفالة والآخر بالاصالة (فان آخذ المعتق رجع على صاحبه) لكفالته (وان آخذ الآخر لا) لاصالته (واذا كفل) شخص (عن عبد مالا) موصوفا بكونه (لم يظهر فى حق مولاه) بل فى حقه بعد عتقه (كمال لزمه باقراره او استقراض او استهلاك وديعة فهو) اى المال المذكور (حال وان لم يسمه) اى الحلول لحلوله على العبد وعدم مطالبته لعسرته والكفيل غير معسر ويرجع بعد عتقه لو بأمره ولو كفل مؤجلا تأجل كما مر (ادعى) شخص (رقبة عبد فكفل به رجل فمات) العبد (المكفول) قبل تسليمه (فبرهن المدعى انه) كان (له ضمن) الكفيل (قيمته) لجوازها بالاعيان المضمونة كما مر (ولو ادعى على عبد مالا فكفل بنفسه) اى بنفس العبد (رجل فمات العبد برئ الكفيل) كما فى الحر

(ولو كفل عبد غير مديون) مستغرق (عن سيده بأمره) جاز لان الحق له (ف) اذا (عتق فأداه) او كفل سيده عنه) بأمره (فأداه) ولو (بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر) لانعقادها غير موجبة للرجوع لان كلا منهما لا يستوجب دينا على الآخر فلا تنقلب موجبة له بعد ذلك (كما لو كفل رجل عن رجل بغير أمره فبلغه فأجاز) الكفالة (لم تكن الكفالة موجبة للرجوع) لما قلناه (و) قالوا (فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر امواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه) اى الدين (برقبته) وهذا لم يثبته المصنف متنا في شرحه والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

(كتاب الحوالة)

(هي) لغة النقل وشرعا (نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه) وهل توجب البراءة من الدين المصحح نعم فتح

بهلاك المال بخلاف الثانية (قوله ولو كفل عبد غير مديون مستغرق الخ) بجر مستغرق بكسر الراء على أنه صفة لمديون ونسبة الاستغراق اليه مجاز لان الدين استغرقه اى استغرق رقبته وما في يده او بفتح الراء وقيد به لانه لو كان عليه دين مستغرق لم تلزمه الكفالة في رقه فاذا عتق لزمته كذا في كافي الحاكم اى لان حق الغرماء مقدم وحقهم في قيمة رقبته يبيعونه بدينهم ان لم يفده سيده وبعد العتق صار الحق في ذمته وأما اذا كان دينه غير مستغرق فالظاهر أنه يقدم دين الغرماء والباقي للكفالة كما لو كفل عن غير سيده قال في الكافي وكفالة العبد والمدبر وأم الولد عن غير السيد بنفس او مال بلا اذن السيد باطلة حتى يعتق فاذا اعتق تلزمه وان أذن سيده جازت ان لم يكن عليه دين ويباع في دين الكفالة وان كان عليه دين بدئ بدينه قبل دين الكفالة ويسعى المدبر وأم الولد في الدين اهـ (قوله لان الحق له) اى اذا لم يكن على العبد دين يكون الحق في ماليته لمولاه فصح اذنه له في كفالته (قوله فاذا عتق فأداه) نص على المتوهم فانه اذا أداه حال رقه لا يرجع بالاولى ط (قوله بأمره) اى بأمر العبد وهذا زاده في النهر وقال هذا القيد لا بد منه اهـ ثم رأيته مذكورا في شرح الجامع لقاضي خان ولا يخفى أنه اذا لم يرجع مع الامر فعدم الرجوع بدونه بالاولى ولعل فائدته أنه محل الخلاف الآتي (قوله لانعقادها غير موجبة للرجوع الخ) جواب عن قول زفر بالرجوع لتحقق الموجب له وهو الكفالة بالامر والمانع هو الرق وقد زال كما في الهداية (قوله بعد ذلك) اى بعد انعقادها غير موجبة للرجوع (قوله كما لو كفل الخ) من تتمة الجواب وهذه المسألة تقدمت عند قول المصنف في باب الكفالة ولو كفل بامره رجع عليه بما أدى الخ (قوله لما قلناه) اى من قوله لانعقادها غير موجبة الخ (قوله من سائر أمواله) بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا أن يسلمه ليباع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون فتح (قوله برقبته) اى فيثبت لهم بيعه ان لم يفده المولى ولذا اشترط أن لا يكون مديونا كما مر بدون الكفالة ليس لهم ذلك (قوله وهذا) اى قوله فائدة كفالة المولى الخ (قوله في شرحه) وأثبته شرحا وهو موجود فيما رأيته من نسخ المتن المجردة ط والله سبحانه أعلم

بسم الله الرحمن الرحيم *(كتاب الحوالة)*

كل من الحوالة والكفالة عقد التزام ما على الاصيل للتوثق الا أن الحوالة تتضمن ابراء الاصيل ابراء مقيدا كما سيجيء فكانت كالمركب مع المفرد والثاني متقدم فلزم تأخير الحوالة نهر (قوله هي لغة النقل) اى مطلقا لدين او عين وهي اسم من الاحالة ومنه يقال أحلت زيدا على عمرو فاحتال اى قبل وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل وتمامه في الفتح (قوله وشرعا نقل الدين الخ) اى مع المطالبة وقيل نقل المطالبة فقط ونسب الزيلعي الاول الى أبي يوسف والثاني الى محمد وجه الاول دلالة الاجماع على أن المحتال لو ابرأ المحال عليه من الدين او وهبه منه صح ولو ابرأ المحيل او وهبه لم يصح وحكى في المجمع خلاف محمد في الثانية ووجه الثاني دلالة الاجماع أيضا على أن المحيل اذا قضى دين الطالب قبل أن يؤدي المحتال عليه لا يكون متطوعا ويجبر على القبول وكذا المحتال لو ابرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد بالرد ولو وهبه منه ارتد كما لو أبرأ الطالب الكفيل او وهبه ولو انتقل الدين الى ذمته لما اختلف حكم الابراء والهبة وكذا المحال لو أبرأ المحال عليه لم يرجع على المحيل وان كانت بأمره كالكفالة ولو وهبه رجع ان لم يكن للمحيل عليه دين وتمامه في البحر وظاهره اتفاق القولين على هذه المسائل ثم ذكر ما يفيد اتفاق القولين أيضا على عود الدين بالتوى وعلى جبر المحال على قبول الدين من المحيل وعلى قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال وعلى أن ابراء المحال المحال عليه لا يرتد بالرد وعلى أن توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح وعلى أن المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان للمحال عليه أن يرجع على المحيل وعلى انها تفسخ بالفسخ وعلى عدم سقوط حق حبس المبيع فيما اذا أحاله المشتري وكذلك لو كان عند المحتال رهن للمحيل لا يسقط حق حبسه بخلاف ما اذا كان المحيل هو البائع على المشتري او المرتهن على الراهن فانه يبطل حبس المبيع والرهن لسقوط المطالبة مع أن هذه المسائل تباين كونها نقلا للدين ولكن اعتبرت الحوالة تأجيلا الى التوى في بعض الاحكام وجعل النقل للمطالبة وفي بعضها اعتبرت ابراء وجعل النقل للدين أيضا وتمام التوجيه في الصرفية

الحامدية عن فتاوى قارئ الهداية اذا أحال الطالب انسانا على مديونه وبالدين كفيل برئ المديون من دين المحيل وبرئ كفيله ويطالب المحتال الاصيل لا الكفيل لانه لم يضمن له شيأ لكنها براءة موقوفة وكذا اذا أحال المرتهن بدينه على الراهن بطل حقه فى حبس الرهن ولا يكون رهنا عند المحتال اه وفى هذه المسألة المرتهن هو المحيل وفيما مرّ هو المحتال وعلمت وجه الفرق بينهما ويأتى أيضا ومسألة الكفالة فى البزازية وفيها لو أحال الكفيل الطالب بالمال على رجل برئ الاصيل والكفيل الا أن يشترط الطالب براءة الكفيل فقط فلا يبرأ الاصيل (قوله والدائن محتال ومحتال له الخ) يعنى يطلق عليه هذه الالفاظ الاربعة فى الاصطلاح درر وظاهره أن اللغة بخلافه ولذا قال فى المعراج قولهم للمحتال المحتال له لغو لانه لا حاجة الى هذه الصلة زاد فى الفتح بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه اه قلت ويمكن تصحيح كلامهم وذلك أن الحوالة لغة بمعنى النقل مطلقا كما مرّ فالمديون يدفع الطالب عن نفسه ويسلطه على غريمه وفى الاصطلاح نقل الدين وهو من أفراد المعنى اللغوى أيضا فعلى الاوّل يقال محتال لاغير وعلى الثانى محتال له لاغير لان المحيل بمعنى الناقل والمحال عليه بمعنى المنقول عليه الدين والدين منقول والطالب محال له اى منقول لاجله ولو قيل محال بمعنى منقول لم يصح لان المنقول هو الدين على هذا الوجه بخلافه على الاوّل فان المنقول هو ذات الطالب وبهذا ظهر أن قولهم محتال ومحتال له مبنى على اختلاف المراد فى المنقول هل هو ذات الطالب او دينه فافهم نعم يصح على الثانى أن يقال فيه محتال بطريق المجاز أى محتال دينه وبه ظهر أنه لا لغو فى كلامهم فاغتنم هذا التقرير (قوله ويزاد خامس وهو حويل) عبارة الفتح ويقال للمحتال حويل أيضا فما ذكره الشارح نقل لعبارة الفتح بالمعنى فافهم ونقل فى البحر عبارة عن تلخيص الجامع فيها اطلاق الحويل على المحال عليه قال الرملى فلعله يطلق عليهما (قوله فالفرق بالصلة) اى باختلافها وهى اللام فى الاوّل وعلى فى الثانى وهذا على وجودها فى الاوّل وقد علمت وجه صحته وأما على حذفها المفاد بقوله وقد تحذف فالمراد أن الفرق بالصلة وجودا وعدما كما مرّ عن الفتح فافهم (قوله والحوالة شرط لصحتها الخ) قال فى النهر وشرط صحتها فى المحيل العقل فلا تصح حوالة مجنون وصبى لا يعقل والرضى فلا تصح حوالة المكره وأما البلوغ فشرط للنفاذ فصحة حوالة الصبى العاقل موقوفة على اجازة وليه وليس منها الحرية فتصح حوالة العبد مطلقا غير أن المأذون يطالب للحال والمحجور بعد العتق ولا الصحة فتصح من المريض وفى المحتال العقل والرضى وأما البلوغ فشرط النفاذ أيضا فانعقد احتيال الصبى موقوفا على اجازة وليه ان كان الثانى املى من الاوّل كاحتيال الوصى بمال اليتيم ومن شرط صحتها المجلس قال فى الخانية والشرط حضرة المحتال فقط حتى لا تصح فى غيبته الا أن يقبل عنه آخر وأما غيبة المحتال عليه فلا تمنع حتى لو أحال عليه فبلغه فأجاز صح وهكذا فى البزازية ولا بد فى قبولها من الرضى فلو اكره على قبولها لم تصح وفى المحال به أن يكون دينا لازما فلا تصح ببدل الكتابة كالكفالة اه (قوله رضى الكل) أما رضى الاوّل فلان ذوى المروءات قد يأنفون تحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاه وأما رضى المحتال فلان فيها انتقال حقه الى ذمة أخرى والذمم متفاوتة وأما رضى الثالث وهو المحتال عليه فلانها الزام الدين ولا لزوم بلا التزام درر قلت نقل السائحانى عن لقطة البحر اذا استدانت الزوجة النفقة بأمر القاضى لها أن تحيل على الزوج بلا رضاه (قوله فلا يشترط على المختار) هو رواية الزيادات قال فيها لان التزام الدين من المحتال عليه تصرّف فى حق نفسه والمحيل لا يتضرّر بل فيه منفعة لان المحال عليه لا يرجع اذا لم يكن بأمره درر (قوله للرجوع عليه) اى رجوع المحال عليه على المحيل اوليسقط الدين الذى للمحيل على المحال عليه كما فى الزيلعى أما بدون الرضى فلا رجوع ولا سقوط وهو محمل رواية الزيادات (قوله لكن استظهر الاكمل الخ) اى فى العناية وهو توفيق آخر بين روايتى الزيادات والقدورى لكن لا بد فيه من ضميمة التوفيق الاوّل كما تعرفه (قوله شرط ضرورة) لانها احالة وهى فعل اختيارى ولا يتصوّر بدون الارادة والرضى وهو محمل رواية القدورى وقوله والا اى ان لم يكن ابتداؤها من المحيل بل من المحال عليه تكون احتيالا يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات عناية لكن لا يخفى انه على الثانى لا يثبت للمحال عليه الرجوع بما أدّى ولو كان عليه للمحيل دين لا يسقط الا برضى المحيل فرجع الى التوفيق الاوّل (قوله وأراد بالرضى القبول) اى الذى هو أحد ركنى العقد فيشترط له المجلس لان شطر العقد لا يتوقف على قبول غائب بل

(المديون محيل والدائن محتال ومحتال له ومحال ومحال له) ويزاد خامس وهو حويل فتح (ومن يقبلها محتال عليه ومحال عليه) فالفرق بالصلة وقد تحذف من الاوّل (والمال محال به) (و) الحوالة (شرط لصحتها رضى الكل بلا خلاف الا فى الاوّل) وهو المحيل فلا يشترط على المختار شرنبلالية عن المواهب بل قال ابن الكمال انما شرطه القدورى للرجوع عليه فلا اختلاف فى الرواية لكن استظهر الاكمل أن ابتداءها ان من المحيل شرط ضرورة والا لا وأراد بالرضى القبول

يلغو بخلاف الرضى الذى ليس ركن عقد (قوله فان قبولها الخ) ذكر فى البحر أولا أن من الشروط مجلس الحوالة وقال وهو شرط الانعقاد فى قولهما خلافا لابى يوسف فانه شرط النفاذ عنده فلو كان المحتال غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لم ينعقد عندهما خلافا له والصحيح قولهما اه ثم قال هنا وأراد من الرضى القبول فى مجلس الايجاب لما قدمناه أن قبولهما فى مجلس الايجاب شرط الانعقاد وهو مصرح به فى البدائع اه وماذكره فى البحر أولا هو عبارة البدائع فقوله لما قدمناه أن قبولهما الظاهر أن الميم فيه زائدة وأن الضمير فيه مفرد عائد للحوالة لان المتبادر من كلام البدائع أن اشتراط المجلس عندهما انما هو فى المحتال فقط بقرينة التفريع ويأتى قريبا مايؤيده اه (قوله لكن فى الدرر وغيرها) اى كالخانية والبزازية والخلاصة وعبارة الخانية الحوالة تعتمد قبول المحتال له والمحال عليه ولا تصح فى غيبة المحتال له فى قول أبى حنيفة ومحمد كما قلنا فى الكفالة الا أن يقبل رجل الحوالة للغائب ولا تشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحاله على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة اه ومراده بالقبول فى قوله تعتمد قبول الخ الرضى الاعم من القبول المشروط له المجلس بقرينة آخر العبارة ولم يذكر رضى المحيل بناء على رواية الزيادات انه غير شرط فتلخص من كلامه أن الشرط قبول المحتال فى المجلس ورضى المحال عليه ولو غائبا وهو مالخصه فى النهر كما مر وظاهره أن خلاف أبى يوسف فى المحتال فقط فعنده لا تشترط حضرته بل يكفى رضاه كالمحال عليه وأنه لا خلاف فى المحال عليه فى أن حضرته غير شرط وبه ظهر أنه لا يصح التوفيق بحمل ما فى الدرر وغيرها على قول أبى يوسف الذى هو خلاف الصحيح بل هو محمول على قولهما المصحح فافهم وبما قررناه ظهر أنه لا خلاف فى اشتراط الرضى الاعم وأن الخلاف فى قبول المحتال فى المجلس لا فى رضاه فلا ينافى ذلك قول المصنف شرط رضى الكل بلا خلاف الخ خلافا لما ظنه فى العزمية (قوله او نائبه) اى ولو فضوليا وبه عبر فى الدرر قال فى الفتح فيتوقف اى قبول الفضولى على اجازة المحتال اذا بلغه (قوله ورضى الباقيين) كذا فى بعض النسخ بياءين ثانيتهما ياء التثنية وفى عامة النسخ بياء واحدة على انه جمع اريد به ما فوق الواحد ثم لا يخفى أن اشتراط رضى المحيل مبنى على رواية القدورى وهى خلاف المختار كما قدمه فالاحسن عبارة الغرر متن الدرر وهى وشرط حضور الثانى الا أن يقبل فضولى له لا حضور الباقيين اه فلم يذكر اشتراط رضاهما فيصدق بكل من الروايتين وقال فى الدرر أما عدم اشتراط حضور الاول وهو المحيل فبأن يقول رجل للدائن لك على فلان بن فلان ألف درهم فاحتل بها على فرضى الدائن فان الحوالة تصح حتى لا يكون له أن يرجع وأما عدم اشتراط حضور الثالث وهو المحتال عليه فبأن يحيل الدائن على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة كذا فى الخانية اه قلت فلم يذكر فى هذا التصوير رضى المحيل الغائب وذكر فى الثانى رضى المحتال عليه الغائب وذلك مبنى على رواية الزيادات المختارة كما مر (قوله وتصح فى الدين) الشرط كون الدين للمحتال على المحيل والا فهى وكالة لا حوالة وأما الدين على المحال عليه فليس بشرط أفاده فى البحر وفيه عن المحيط ولو أحال المحال عليه المحتال على آخر جاز وبرئ الاول والمال على الآخر كالكفالة من الكفيل اه فدخل فى الدين دين الحوالة كما دخل دين الكفالة فان الكفيل لو أحال الطالب جاز كما يأتى وفى البزازية كل دين جازت به الكفالة جازت به الحوالة وفى الهندية مالا تجوز به الكفالة لا تجوز به الحوالة (قوله المعلوم) فلو احتال بمال مجهول على نفسه بأن قال احتلت بما يذوب لك على فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال ولا تصح الحوالة أيضا بهذا اللفظ بحر عن البزازية (قوله لا فى العين) لان النقل الذى تضمنته نقل شرعى وهو لا يتصور فى الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسى فكانت نقلا للوصف الشرعى وهو الدين فتح قال فى الشرنبلالية يرد عليه ماسنذكره من انها تصح بالدراهم الوديعة اذ ليس فيها نقل الدين وكذا الغصب على القول بان الواجب فيه رد العين والقيمة مخلص ودفع الايراد بأن الحوالة بالوديعة وكالة حقيقة اه قلت فيه نظر لما سيأتى فى الحوالة المقيدة بوديعة ونحوها انه لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ولا المحتال عليه دفعها للمحيل ولا يخفى أن الوكالة حقيقة تنافى ذلك فالصواب فى دفع الايراد أن النقل موجود لان المديون اذا احال الدائن على المودع فقد انتقل الدين عن المديون الى المودع وصار المودع مطالبا بالدين كانه فى ذمته فكانت حوالة بالدين لا بالعين نعم لو أحال المودع رب الوديعة بها على آخر كانت حوالة بالعين فلا تصح (قوله وبه عرف أن حوالة الغازى) مصدر مضاف لفاعله اى احالته غيره على الامام وعبارة النهر وبه عرف أن

فان قبولهما فى مجلس الايجاب شرط الانعقاد بحر عن البدائع لكن فى الدرر وغيرها الشرط قبول المحتال او نائبه ورضى الباقين لا حضورهما وأقره المصنف (وتصح فى الدين) المعلوم (لا فى العين) زاد فى الجوهرة ولا فى الحقوق انتهى وبه عرف أن حوالة الغازى بحقه

مطلب
فى حوالة الغازى وحوالة المستحق من الوقف

الحوالة على الامام من الغازى الخ ولا يخفى أن ماذكره غير ما نحن فيه اذ كلام المصنف فى بيان المكفول به فذكر أنه المال لا العين ولا الحقوق فاذا استدان الغازى دينا من زيد ثم أحاله به على الامام صحت الحوالة سواء قيدها بأن يعطيه الامام من حقه من الغنيمة المحرزة اولا لان المحال عليه لا يشترط أن يكون عليه للمحيل دين او عين من وديعة اوغيرها ولان المحال به دين صحيح معلوم فالقول بعدم صحتها ليس له وجه صحة اصلا وهكذا يقال فى المستحق اذا استدان ثم أحال الدائن على الناظر سواء قيد الحوالة بمعلومه الذى فى يد الناظر أولا فهى أيضا من الحوالة بالدين لا بالحقوق نعم لو أحال الامام الغازى أو أحال الناظر المستحق على آخر كان مظنة أن يقال انها من الحوالة بالحقوق لان الغنيمة اذا احرزت بدارنا يتأكد فيها حق الغانمين ولا تملك الا بالقسمة ولا يقال ان الوارث اذا مات بعد الاحراز قبل القسمة يورث نصيبه فيقتضى الملك قبل القسمة لانا نقول ان الحق المتأكد يورث كحق حبس الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط كما قدمناه عن الفتح فى باب المغنم وقسمته وكذا يقال فى غلة الوقف فان نصيب المستحق يورث عنه اذا مات قبل القسمة بعد ظهور غلة الوقف فى وقف الذرية اوبعد عمل صاحب الوظيفة كما قدمناه هناك ومقتضى هذا أن لا تصح هذه الحوالة لان كلا من الغازى والمستحق لم يثبت له دين فى ذمة الامام والناظر نعم تكون وكالة بالقبض من المحال عليه كما يأتى فى قول المصنف وان قال المحيل للمحتال وهذا يقع كثيرا فان الناظر يحيل المستحق على مستأجر عقار الوقف وقد أفتى فى الحامدية بأنه لو مات الناظر قبل أخذ المحتال فللناظر الثانى أخذه لكن ذكرنا فى باب المغنم أن غلة الوقف بعد ظهورها يتأكد فيها حق المستحقين فتورث عنهم وأما بعد قبض الناظر لها فينبغى أن تصير ملكا لهم للشركة الخاصة بخلاف المغنم فانه لا يملك الا بعد القسمة حتى لو أعتق أحد الغانمين حصته من امة لا تعتق للشركة العامة الا اذا قسمت الغنيمة على الرايات فيصح للشركة الخاصة وعلى هذا فاذا صارت الغلة فى يد الناظر صارت أمانة عنده ملكا للمستحقين لهم مطالبته بها ويحبس اذا امتنع من ادائها ويضمنها اذا استهلكها او هلكت بعد الطلب فاذا أحال الناظر بعض المستحقين على آخر لا يصح لانها حوالة بالعين لا بالدين الا اذا كان الناظر استهلكها أو خلطها بماله فتصير دينا بذمته فتصح الحوالة لانها حوالة بالدين لا بالعين ولا بالحقوق فقد ظهر أن هذه الحوالة لا تكون من الحوالة بالحقوق أصلا سواء كان الغازى أو الناظر محيلا او محتالا وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة وأن ماذكره الشارح عن النهر غير محرر فافهم وتدبروا غنم تحرير هذا المقام فانه من فيض ذى الجلال والاكرام (قوله لا تصح) قد علمت انه لا وجه له (قوله وهذا فى الحوالة المطلقة ظاهر) لتصريحهم باختصاصها بالديون لا بتنائها على النقل نهر قلت وهذه حوالة بالدين وان كانت مطلقة بل الصحة فيها اظهر من عدمها لان الحوالة المطلقة على ما يأتى أن لا يقيد المحيل بدين له على المحال عليه ولا بعين له فى يده فاذا أحال المستحق غريمه بدينه على الناظر حوالة مطلقة فلا شك فى صحتها (قوله ينبغى أن تصح) لما علمت من أن مال الوقف فى يده امانه ولكن اذا صحت لا تكون من الحوالة بالحقوق لان المستحق انما أحال دائنه بدين صحيح بل هى حوالة بالدين مقيدة بما عند المحال عليه وهو الناظر (قوله كالاحالة على المودع) بجامع أن كلا منهما أمين ولا دين عليه ط (قوله لانها مطالبة) اى لان الحوالة تثبت المطالبة ولا مطالبة على الناظر فيما لم يصل اليه من مال الوقف الذى قيدت الحوالة به (قوله انتهى) اى كلام البحر وقوله ومقتضاه الخ من كلام النهر أيضا فافهم (قوله وعندى فيه تردد) نقله الحموى وأقره ويؤيد الصحة ماذكروه فى المغنم أنه يورث عنه لتأكد ملكه فيه وقد وجد الجامع للقياس فيها وفى الوديعة ط (قوله وبرئ المحيل من الدين الخ) اى براءة موقتة بعدم التوى وفائدة براءته انه لو مات لا يأخذ المحتال الدين من تركته ولكنه يأخذ كفيلا من ورثته أو من الغرماء مخافة أن يتوى حقه كذا فى شرح المجمع ط ومقتضى البراءة أن المشترى لو أحال البائع على آخر بالثمن لا يحبس المبيع وكذا لو أحال الراهن المرتهن بالدين لا يحبس الرهن ولو أحالها بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس اى احالة البائع غريمه على المشترى بالثمن أو المرتهن غريمه على الراهن أو المرأة على الزوج والمذكور فى الزيادات عكس هذا وهو أن البائع والمرتهن اذا أحالا سقط حقهما فى الحبس ولو احيلا لم يسقط وتمامه فى البحر قلت ووجهه ظاهر وهو أن البائع والمرتهن اذا أحالا غريمالهما على المشترى او الراهن سقطت مطالبتهما فيسقط حقهما فى الحبس بخلاف ما لو احيلا فان مطالبتهما باقية كما اوضحه الزيلعى قال فى البحر وفى قوله برئ المحيل اشارة الى براءة كفيله

من غنيمة محرزة لا تصح وكذا حوالة المستحق بمعلومه فى الوقف على الناظر نهر ثم قال بعد ورقتين وهذا فى الحوالة المطلقة ظاهر وأما المقيدة ففى البحران مال الوقف فى يد الناظر ينبغى أن تصح كالاحالة على المودع والالا لانها مطالبة انتهى ومقتضاه صحتها بحق الغنيمة وعندى فيه تردد

(وبرئ المحيل من الدين) والمطالبة جميعا

(بالقبول) من المحتال للحوالة (ولا يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى) بالقصر ويمد هلاك المال لان براءته مقيدة بسلامة حقه وقيده فى البحر بأن لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا (وهو) بأحد أمرين (أن يجحد) المحال عليه (الحوالة ويحلف ولا بينة له) اى لمحتال ومحيل (أو يموت) المحال عليه (مفلسا) بغير عين ودين وكفيل

فاذا أحال الاصيل الطالب برئا كذا فى المحيط اه وقوله والمطالبة جميعا دخل فيه مالو أحال الكفيل المكفول له ونص على براءته فانه يبرأ عن المطالبة وان اطلق الحوالة برئ الاصيل أيضا نهر وفى حاشية البحر للرملى يؤخذ من براءة المحيل أن الكفيل لو أحال المكفول له على المديون بالدين المكفول به وقبله برئ وهى واقعة الفتوى اه وأطال فى الاستشهاد له (قوله بالقبول من المحتال) اقتصر عليه تبعا للبحر وزاد فى النهر والمحتال عليه وهو مخالف لما قدمه من أن الشرط قبول المحتال او نائبه ورضى الباقين وأفاد أنه لا يلزم قبض المحتال فى المجلس الا اذا كان صرفا بأن كان دينه ذهبا فأحال عنه بفضة جاز ان قبل الغريم نقدا فى مجلس المحيل والمحتال وتمامه فى البحر عن تلخيص الجامع (قوله ولا يرجع المحتال على المحيل الخ) هذا اذا لم يشترط الخيار للمحال اولم يفسخها المحيل والمحتال أما اذا جعل للمحال الخيار أو أحاله على أن له أن يرجع على أيهما شاء صح بزازية وكذا اذا فسخت رجع المحتال على المحيل بدينه ولذا قال فى البدائع ان حكمها ينتهى بفسخها وبالتوى وفى البزازية والمحيل والمحتال يملكان النقض فيبرأ المحتال عليه وفى الذخيرة اذا أحال المديون الطالب على رجل بألف أو بجميع حقه وقبل منه ثم أحاله أيضا بجميع حقه على آخر وقبل منه صار الثانى نقضا للاول وبرئ الاول اه بحر قلت وكذا تبطل لو أحال البائع على المشترى بالثمن ثم استحق المبيع او ظهر أنه حر لا لو رد بعيب ولو بقضاء وكذلك لو مات العبد قبل القبض واذا مات المحال عليه مديونا قسم ماله بين الغرماء وبين المحال بالحصص ومابقى له يرجع به على المحيل وان مات المحيل مديونا فما قبض المحتال فى حياته فهو له ومالم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء اه ملخصا من كافى الحاكم (قوله الا بالتوى) وزان حصى وقد يمد مصباح يقال توى المال بالكسر يتوى تواء وأتواه غيره بحر عن الصحاح (قوله هلاك المال) هذا معناه اللغوى ومعناه الاصطلاحى ماذكره المصنف بحر (قوله لان براءته) اى براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة حقه اى حق المحتال واختلف المشايخ فى كيفية عود الدين فقيل بفسخ الحوالة اى يفسخها المحتال كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا وقيل تنفسخ كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل فى الموت تنفسخ وفى الجحود لا تنفسخ ولم أر أن فسخ المحتال هل يحتاج الى الترافع عند القاضى وظاهر التشبيه بالمشترى اذا وجد عيبا أنه يحتاج نعم على انها تنفسخ لا يحتاج فتدبره نهر قلت المشترى يستقل بالفسخ بخيار العيب بدون الترافع عند القاضى وانما الترافع شرط لرد البائع على بائعه بذلك العيب (قوله وقيده فى البحر الخ) وقال لما فى الذخيرة رجل أحال رجلا له عليه دين على رجل ثم ان المحتال عليه أحاله على الذى عليه الاصل برئ المحتال عليه الاول فان توى المال على الذى عليه الاصل لا يعود الى المحتال عليه الاول اه (قوله وهو بأحد أمرين الخ) الضمير راجع للتوى وهذا فى الحوالة المطلقة أما المقيدة بوديعة فيثبت له الرجوع بهلاكها كما يأتى (قوله اى لمحتال ومحيل) فقوله له اى لكل منهما كما فى الفتح (قوله مفلسا) بالتخفيف يقال افلس الرجل اذا صار ذا افلس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر اه كفاية ونهر عن طلبة الطلبة للعلامة عمر النسفى (قوله بغير عين) الاوضح أن يقول بأن لم يترك عينا الخ اى عينا تفى بالمال به وكذا يقال فى الدين ولا بد فى الكفيل أن يكون كفيلا بجميعه فلو كفل البعض فقد توى الباقى كما لا يخفى ط وكذا لو ترك ما يفى بالبعض فقد توى الباقى وكذا لو مات مديونا وقسم ماله بالحصص كما قدمناه آنفا (قوله ودين) المراد به ما يمكن أن يثبت فى الذمة بقرينة مقابلته بالعين فيشمل النقود والمكيل والموزون وفى الهندية عن المحيط لو كان القاضى يعلم أن للميت دينا على مفلس فعلى قول الامام لا يقضى ببطلان الحوالة اه اى لان الافلاس ليس بتوى عنده لاحتمال أن يحدث له مال فيكون المحال عليه قد ترك مالا حكما وهو ما على مديونه المفلس (قوله وكفيل) فوجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما فى الزيادات وفى الخلاصة لا يمنع بحر وتبعه فى المنح لكنى لم أر فى الخلاصة ما عزاه اليها بل اقتصر فيها على نقل عبارة الزيادات ثم قال فيها ولو مات المحتال عليه ولم يترك شيأ وقد أعطى كفيلا بالمال ثم ابرأ صاحب المال الكفيل منه له أن يرجع على الاصيل اه وهذه مسألة اخرى وقد جزم فى الفتح وغيره بما فى الزيادات بلا حكاية خلاف (تنبيه) فى البحر عن البزازية وان لم يكن به كفيل ولكن تبرع رجل ورهن به رهنا ثم مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن اه وفى حكم التبرع بالرهن مالو استعار المطلوب شيأ ورهنه عند الطالب ثم مات مفلسا شرنبلالية عن الخانية (قوله

وقالا بهما) أى بالجحد والموت مفلسا (قوله وبأن فلسه الحاكم) اى فى حياته يقال فلسه القاضى اذا قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كفاية عن الطلبة وهذا بناء عن أن تفليس القاضى يصح عندهما وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضى على المحيل فتح وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع ألا ترى انه لو تعذر بغيبة المحتال عليه لا يرجع على المحيل بخلاف موته مفلسا لخراب الذمة فيثبت التوى وتمامه فى الكفاية وظاهر كلامهم متونا وشروحا تصحيح قول الامام ونقل تصحيحه العلامة قاسم ولم أر من صحح قولهما نعم صححوه فى صحة الحجر على السفيه صيانة لماله كما سيأتى فى بابه (قوله ولو اختلفا فيه) بأن قال المحتال مات المحتال عليه بلا تركة وقال المحيل عن تركة بزازية (قوله وكذا فى موته قبل الاداء او بعده) الاولى وبعده بالواو كما فى بعض النسخ لان الاختلاف فيهما لا فى أحدهما (قوله على العلم) اى نفى العلم بأن يحلف أنه لا يعلم يساره ط وهذا فى مسألة المتن أما فى الاختلاف فى الموت قبل الاداء او بعده فانه يحلف على البتات لكونه على فعل نفسه وهو القبض أفاده ح (قوله وهو العسرة) اى فى المسألة الاولى وعدم الاداء فى الثانية (قوله وقيل القول للمحيل بيمينه) لانكاره عود الدين فتح (قوله طالب المحتال عليه المحيل الخ) اى بعد ما دفع المحال به الى المحتال ولو حكما بأن وهبه المحتال من المحال عليه لانه قبل الدفع اليه لا يطالبه الا اذا طولب ولا يلازمه الا اذا لوزم وتمامه فى البحر (قوله بأمره) قيد به لانه لو قضاه بغير أمره يكون متبرعا ولو لم يدع المحيل ما ذكر ط (قوله مثل الدين) انما لم يقل بما أداه لانه لو كان المحال به دراهم فأدى دنانير أو عكسه صرفا رجع بالمحال به وكذا اذا أعطاه عرضا او ان أعطاه زيوفا بدل الجياد رجع بالجياد وكذا لو صالحه بشئ رجع بالمحال به الا اذا صالحه عن جنس الدين بأقل فانه يرجع بقدر المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما أدى الا اذا أدى أجود أو جنسا آخر بحر (قوله لانكاره) قال فى البحر لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره الا أن المحيل يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر اه (قوله فقال المحتال) فيه ايماء الى أنه حاضر فلو كان غائبا وأراد المحيل قبض ما على المحال عليه قائلا انما وكلته بقبضه قال أبو يوسف لا أصدقه ولا أقبل بينته وقال محمد يقبل قوله كما فى الخانية ولو ادعى المحال أن المحال به ثمن متاع كان المحيل وكيلا فى بيعه وأنكر المحيل ذلك فالقول له أيضا نهر (قوله فالقول للمحيل) فيؤمر المحتال برد ما أخذه الى المحيل لان المحيل ينكر أن عليه شيأ والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقرارا من المحيل بالدين للمحتال على المحيل لانها مستعملة للوكالة أيضا ابن كمال (قوله يستعمل فى الوكالة) اى مجازا ومنه قول محمد اذا امتنع المضارب عن تقاضى الدين لعدم الربح يقال له أحل رب الدين اى وكله نهر ولكن لما كان فيه نوع مخالفة للظاهر صدق مع يمينه كما فى المنح وأفاد فى البحر عن السراج أن المحيل لا يملك ابطال هذه الحوالة لانها صحت محتملة أن تكون بمال هو دين عليه وأن تكون توكيلا فلا يجوز ابطالها بالاحتمال اه (قوله بماله) الاظهر أن ما موصولة أو موصوفة واللام جارة ويحتمل أنها كلمة واحدة مجرورة بكسرة اللام (قوله وديعة) المراد بها الامانة كما عبر به فى الفتح وغيره قال ط فيعم العارية والموهوب اذا تراضيا على رده أو قضى القاضى به والعين المستأجرة اذا انقضت مدة الاجارة (قوله صحت) لانه اقدر على القضاء لتيسر ما يقضى به وحضوره بخلاف الدين فتح (قوله فان هلكت الوديعة) قيد بهلاك الوديعة لان الحوالة لو كانت مقيدة بدين ثم ارتفع ذلك الدين لم تبطل على تفصيل فيه بحر ويأتى بعضه (قوله برئ المودع) ويثبت الهلاك بقوله نهر واستحقاق الوديعة مبطل للحوالة كهلاكها كما فى الخانية ولو لم يعط المحال عليه الوديعة وانما قضى من ماله كان متطوعا قياسا لا استحسانا كذا فى المحيط وفى التاترخانية لو وهب المحتال الوديعة من المحال عليه صح التمليك لانه لما كان له حق أن يتملكها كان له حق أن يملكها بحر (قوله وعاد الدين على المحيل) لانه توى حقه وأما ما سبق من أن التوى بوجهين عنده وثلاثة أوجه عندهما ففى الحوالة المطلقة فلا يرد شئ بهذا الوجه الرابع يعقوبية (قوله لان مثله يخلفه) أراد بالمثل البدل ليشمل القيمى قال فى الفتح فاذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل او القيمة فاذا هلك فى يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لان له خلفا والفوات الى خلف كلا فوات فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال اه فلو استحق المغصوب بطلت لعدم ما يخلفه كما فى الدرر (قوله وتصح أيضا بدين خاص) بأن يحيله بدينه الذى له على فلان المحال عليه فتح وفى الخلاصة

وقالا بهما وبأن فلسه الحاكم (ولو اختلفا فيه) اى فى موته مفلسا وكذا فى موته قبل الاداء او بعده (فالقول للمحتال مع يمينه على العلم) لتمسكه بالاصل وهو العسرة زيلعى وقيل القول للمحيل بيمينه فتح (طالب المحتال عليه المحيل بما) اى بمثل ما (أحال) به مدعيا قضاء دينه بأمره (فقال المحيل) انما (أحلت بدين) ثابت (لى عليك) لم يقبل قوله بل (ضمن) المحيل (مثل الدين) للمحتال عليه لانكاره وقبول الحوالة ليس اقرارا بالدين لصحتها بدونه (وان قال المحيل للمحتال احلتك) على فلان بمعنى وكلتك (لتقبضه لى فقال المحتال) بل (احلتنى بدين لى عليك فالقول للمحيل) لانه منكر ولفظ الحوالة يستعمل فى الوكالة (أحاله بماله عند زيد) حال كونه (وديعة) بأن أودع رجلا ألفا ثم أحال بها غريمه (صحت فان هلكت) الوديعة (برئ) المودع وعاد الدين على المحيل لان الحوالة مقيدة بها بخلاف المقيدة بالمغصوب فانه لا يبرأ لان مثله يخلفه وتصح أيضا بدين خاص

فصارت الحوالة المقيدة ثلاثة أقسام وحكمها أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ولا المحتال عليه دفعها للمحيل مع أن المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته بخلاف الحوالة المطلقة كما بسطه خسرو وغيره (باع بشرط أن يحيل على المشترى بالثمن غريما له) اى للبائع (بطل ولو باع بشرط أن يحتال بالثمن صح) لانه شرط ملائم كشرط الجودة

عن التجريد لو كان للمحيل على المحتال عليه دين فأحال به مطلقا ولم يشترط فى الحوالة أن يعطيه مما عليه فالحوالة جائزة ودين المحيل بحاله وله أن يطالبه به اهـ ومثله فى البزازية ومقتضاه أنها لا تكون مقيدة ما لم ينص على الدين (قوله ثلاثة أقسام) اى مقيدة بعين أمانة أو مغصوبة أو بدين خاص (قوله وحكمها الخ) اى حكم المقيدة فى هذه الاقسام الثلاثة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ولا بذلك الدين لانّ الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب به وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين او الدين الى المحيل ضمنه للطالب لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لانه يستحقه فتح (قوله مع أن المحتال الخ) يعنى أن هذه الاموال اذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغى أن لا يكون المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته كما فى الرهن مع انه اسوة لهم لانّ العين التى بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لانّ الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين الغرماء وأما المرتهن فملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه اهـ درر قال فى البحر واذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرماء لاستحقاق الدين الذى كان عليه ولو مات المحيل وله ورثة لا غرماء استظهر فى البحر وأقره من بعده أن الدين المحال به قبل قبض المحتال يقسم بين الورثة بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحتال فينضم الى تركته اهـ وحينئذ فيتبع المحتال التركة ط (تنبيه) ماذكر من القسمة وكون المحتال اسوة الغرماء فى الحوالة المقيدة يعلم منه بالاولى أن الحوالة المطلقة كذلك كما صرح به فى الخلاصة والبزازية وصرح فى الحاوى ببطلان الحوالة بموت المحال عليه وقدمنا عن الكافى أن ما بقى للمحتال بعد القسمة يرجع به على المحيل وانه لو مات المحيل مديونا فما قبضه المحتال فهو له وما بقى يقسم بينه وبين الغرماء (قوله بخلاف الحوالة المطلقة) اى فيملك المحيل المطالبة قال فى الفتح هذا متصل بقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والمطلقة هى أن يقول المحيل للطالب احلتك بالالف التى لك علىّ على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذى عليه فلو له عنده وديعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالبه به لانه لا تعلق للمحتال بذلك الدين أو العين لوقوعها مطلقة عنه بل بذمة المحتال عليه وفى الذمة سعة فيأخذ دينه او عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شئ وقال فى الجوهرة والفرق بين المطلقة والمقيدة انه فى المقيدة انقطعت مطالبة المحيل من المحال عليه فان بطل الدين فى المقيدة وتبين براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة بطلت مثل أن يحيل البائع رجلا على المشترى بالثمن ثم استحق المبيع أو ظهر حرا فتبطل وللمحال الرجوع على المحيل بدينه وكذا لو قيد بوديعة فهلكت عند المودع وأما اذا سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر عارض ولم تتبين براءة الاصيل منه فلا تبطل مثل أن يحتال بألف من ثمن مبيع فهلك المبيع عنده قبل تسليمه للمشترى سقط الثمن عن المشترى ولا تبطل الحوالة ولكنه اذا ادّى رجع على المحيل بما أدّى لانه قضى دينه بأمره وأما اذا كانت مطلقة فانها لا تبطل بحال من الاحوال ولا تنقطع فيها مطالبة المحيل عن المحال عليه الى أن يؤدّى فاذا أدّى سقط ما عليه قصاصا ولو تبين براءة المحال عليه من دين المحيل لا تبطل أيضا ولو أن المحال أبرأ المحال عليه من الدين صح وان لم يقبل المحال عليه ولا يرجع المحال عليه على المحيل بشئ لانّ البراءة اسقاط لا تمليك وان وهبه له احتاج الى القبول وله أن يرجع على المحيل لانه ملك ما فى ذمته بالهبة فصار كما لو ملكه بالاداء وكذا لو مات المحال فورثه المحال عليه له أن يرجع على المحيل لانه ملكه بالارث وتمام الكلام فيها قال فى البحر وقد وقعت حادثة الفتوى فى المديون اذا باع شيأ من دائنه بمثل الدين ثم أحال عليه بنظير الثمن أو بالثمن فهل يصح ام لا فاجبت اذا وقع بنظيره صحت لانها لم تقيد بالثمن ولا يشترط لصحتها دين على المحال عليه وان وقعت بالثمن فهى مقيدة بالدين وهو مستحق للمحال عليه لوقوع المقاصة بنفس الشراء وقدمنا أن الدين اذا استحق للغير فانها تبطل والله سبحانه وتعالى اعلم اهـ اى لانّ الدين لم يسقط بأمر عارض بعد الحوالة بل تبين براءة المحال عليه منه بأمر سابق (قوله بطل) اى البيع اى فسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبائع درر أى وبطلت الحوالة التى فى ضمنه ط قلت ووجه النفع أن فيه دفع مطالبة غريمه له وتسليطه على المشترى (قوله لانه شرط ملائم) لانه يؤكد موجب العقد اذ الحوالة فى العادة تكون على الاملا والاحسن قضاء فصار كشرط

بخلاف الاول (أدى المال في الحوالة الفاسدة فهو بالخيار ان شاء رجع على) المحتال (القابض وان شاء رجع على المحيل) وكذا في كل موضع ورد الاستحقاق بزازية وفيها ومن صور فساد الحوالة ما لو شرط فيها الاعطاء من ثمن دار المحيل مثلا لعجزه عن الوفاء بالملتزم ثم لو أجاز جاز كما لو قبلها المحتال عليه بشرط الاعطاء من ثمن داره ولكن لا يجبر على البيع ولو باع يجبر على الاداء (ولا يصح تأجيل عقدها) فلو قال ضمنت بما لك على فلان على أن أحيلك به على فلان الى شهر انصرف التأجيل الى الدين لانه لا يصح تأجيل عقد الحوالة بحر عن المحيط (وكرهت السفتجة) بضم السين وتفتح وفتح التاء وهي اقراض لسقوط خطر الطريق فكأنه أحال الخطر المتوقع على ٢ المستقرض فكان في معنى الحوالة وقالوا اذا لم تكن المنفعة مشروطة ولا متعارفة فلا بأس

٢ مطلب في تأجيل الحوالة

مطلب في السفتجة وهي البوليصة

الجودة درر قلت وحاصله أن في هذا الشرط تعجيل اقتضاء الثمن في زعم البائع (قوله بخلاف الاول) لان المطلوب بالثمن قبل الحوالة وبعدها واحد وهو المشتري (قوله في الحوالة الفاسدة) كالصور الآتية (قوله فهو) اي المؤدي وهو المحال عليه (قوله وكذا في كل موضع ورد الاستحقاق) اي استحقاق المبيع الذي احيل بثمنه قال في الخلاصة والبزازية وعلى هذا اذا باع الآجر المستأجر وأحال المستأجر على المشتري ثم استحق المبيع من يد المشتري وهو قد أدى الثمن الى المستأجر ان شاء رجع بالثمن على المؤجر المحيل وان شاء رجع على المستأجر القابض اه (قوله ما لو شرط فيها الاعطاء الخ) صادق بما اذا وقع الشرط بين المحيل والمحال عليه او بين الثلاثة فافهم وهي من قسم الحوالة المقيدة (قوله مثلا) ادخل به الاجنبي للعلة المذكورة ط (قوله لعجزه عن الوفاء) علة للفساد لانه شرط غير ملائم (قوله ثم لو أجاز) اي المحيل بيع داره بأن أمره بالبيع فحينئذ يصح لوجود القدرة على البيع والاداء كما في الدرر وقد ذكر في البزازية المسألة بدون هذا الاستدراك ثم قال بعد نحو صفحة ما نصه وفي الظهيرية احتال على أن يؤديه من ثمن دار المحيل وقد كان أمره بذلك حتى جازت الحوالة لا يجبر المحتال عليه على الاداء قبل البيع ويجبر على البيع ان كان البيع مشروطا في الحوالة كما في الرهن وانما اعدنا المسألة لانه توفيق بين الروايات المختلفة اه ومفاده انه يجبر في بعض الروايات وفي بعضها لا يجبر والتوفيق انه ان قبل المحال عليه الحوالة من المحيل بشرط بيع دار المحيل ليؤدي المال من ثمنها صحت الحوالة والشرط كما لو شرط المرتهن بيع الرهن اذا لم يؤد الراهن المال فانه يصح ولا يملك الرجوع عن ذلك (قوله كما لو قبلها الخ) وجه الجواز أن المحال عليه قادر على الوفاء بما التزم (قوله ولكن لا يجبر على البيع) لعدم وجوب الاداء قبل البيع درر وعبارة البزازية ولا يجبر على بيع داره كما اذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند الحصاد لا يجبر على الاعطاء قبل الاجل اه (قوله ولو باع يجبر على الاداء) لتحقق الوجوب درر (قوله على أن أحيلك به على فلان) فان أحاله وقبل جاز وان لم يقبل برئ الكفيل عن الضمان وان لم يقبل فلان فالكفيل على ضمانه وان مات فلان لم يطالب بالمال حتى يمضي شهر هذا حاصل ما في البحر عن المحيط ووجه قوله لم يطالب الخ انه بموت فلان لم تبق الحوالة ممكنة وقد رضي الطالب بتأخير المطالبة الى شهر فبقي الاجل للكفيل فلا يطالب قبله وكذا يقال فيما اذا لم يقبل فلان هذا ما ظهر لي (قوله انصرف التأجيل الى الدين الخ) اي فلا يطالب فلان الا بعد الشهر ولو انصرف التأجيل الى العقد يصير المعنى على أن أحيلك حوالة مقيدة بشهر وذلك لا يصح لانه ينافي انتقال الدين الى ذمة المحال عليه تأمل (تنبيه) قال في الفتح تنقسم الحوالة المطلقة الى حالة ومؤجلة فالحالة أن يحيل الطالب بألف هي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان الحوالة لتحويل الدين فيتحول بصفته التي على الاصيل والمؤجلة أن تكون الالف الى سنة فأحال بها الى سنة ولو أبهمها لم يذكره محمد وقالوا ينبغي أن تثبت مؤجلة كما في الكفالة فلو مات المحيل بقي الاجل لو مات المحال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل الى أجله لان الاجل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت بالتوى فينتقض ما في ضمنها كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل اه ملخصا وقدمنا قريبا عن البزازية لو قبلها الى الحصاد لا يجبر على الاعطاء قبله فأفاد صحة التأجيل مع الجهالة القريبة وقدمنا التصريح به في كتاب الكفالة وشمل التأجيل القرض فيصح هنا في كما في الحاكم ما حاصله لو كان لزيد على عمرو ألف قرض ولعمرو على بكر ألف قرض فأحال عمرو زيدا بالالف على بكر الى سنة جاز وليس لعمرو أن يأخذ بكرا بها وان ابرأه منها او وهبها له لم يجز اه (قوله وكرهت السفتجة) واحدة السفاتج فارسي معرب اصله سفته وهو الشئ المحكم سمي هذا القرض به لاحكام أمره كما في الفتح وغيره (قوله بضم السين) اي وسكون الفاء كما في ط عن الوافي (قوله وهي اقراض الخ) وصورتها أن يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وانما يدفعه قرضا لا أمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وقيل هي أن يقرض انسانا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق كفاية (قوله فكأنه أحال الخ) بيان لمناسبة المسألة بكتاب الحوالة اه ح وفي نظم الكنز لابن الفصيح

وكرهت سفاتج الطريق * وهي احالة على التحقيق

قال شارحه المقدسي لانه يحيل صديقه عليه أو من يكتب اليه (قوله وقالوا الخ) قال في النهر واطلاق

المصنف يفيد اناطة الكراهة بجرّ النفع سواء كان ذلك مشروطا أولا قال الزيلعى وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به اهـ وجزم بهذا القيل فى الصغرى والواقعات الحسامية والكفاية للبيهقى وعلى ذلك جرى فى صرف البزازية اهـ وظاهر الفتح اعتماده أيضا حيث قال وفى الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفتج مشروطا فى القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد والا جاز وصورة الشرط كما فى الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان أقرضه بلا شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لى سفتجة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وروى عن ابن عباس ذلك ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف أن ذلك يفعل كذلك فلا اهـ (قوله فرع الخ) ذكره استطرادا ثم ذكر فى البحر والنهر عن البزازية ماله مناسبة هنا وحاصله أن المستقرض لو قضى أجود مما استقرض يحل بلا شرط ولو قضى أزيد فيه تفصيل الخ وقدمنا فى فصل القرض عن الخانية أن الزيادة اذا كانت تجرى بين الوزنين اى بأن كانت تظهر فى ميزان دون ميزان جاز كالدانق فى المائة بخلاف قدر درهم وان لم تجر فان لم يعلم صاحبها بها ترد عليه وان علم وأعطاها اختيارا فلو كانت الدراهم لا يضرها التبعيض لا تجوز لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ولو يضرها جاز وتكون هبة المشاع فيما يقسم اهـ وعليه فلو قضاه مثل قرضه ثم زاده درهما مفروزا أو أكثر جاز ان لم يكن مشروطا وقدمنا هناك عن خواهرزاده أن المنفعة فى القرض اذا كانت غير مشروطة تجوز بلا خلاف (قوله لم يصح) لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الابراء المؤبد بحر عند قوله هى نقل الدين ط واذا لم تصح لا يجبر المحال عليه على الدفع اليه (قوله لان الحوالة الخ) كما أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة كما فى الهداية والملتقى (قوله ولا بينة) اى وحلف الجاحد ط (قوله وجعل جحوده فسخا) هى مسألة توى الدين السابقة فى المتن ومرّ أن الرجوع انما هو لان براءة المحيل مشروطة بسلامة حق المحال ط (قوله والا لم يجز) لان تصرفهما مقيد بشرط النظر قال فى كافى الحاكم ومنه مالو احتال الى أجل وكذا الوكيل اذا لم يفوض اليه الموكل ذلك اهـ قال فى البحر عن المحيط لكونه ابراء موقتا فيعتبر بالابراء المؤبد وهذا اذا كان دينا ورثه الصغير وان وجب بعقدهما جاز التأجيل عندهما خلافا لابى يوسف اهـ (قوله قلت ومفادهما) اى مفاد مافى السراجية ومافى الجوهرة وهذا أحد قولين حكاهما المصنف عن الذخيرة ثم رجح مافى الخانية بما ذكره الشارح والله تعالى اعلم

* (بسم الله الرحمن الرحيم) * * (كتاب القضاء) *

ترجم له فى الهداية بأدب القاضى والادب الخصال الحميدة فذكر ما ينبغى للقاضى أن يفعله ويكون عليه وهو فى الاصل من الادب بسكون الدال وهو الجمع والدعاء وهو أن تجمع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال أدب يأدب كضرب يضرب اذا دعا الى طعامه سميت به الخصال الحميدة لانها تدعو الى الخير وتمامه فى الفتح (قوله لما كان الخ) كذا فى العناية والفتح وهو صريح فى أن المراد بالقضاء الحكم وحينئذ فكان ينبغى ايراده عقب الدعوى وأيضا كان ينبغى بيان وجه التأخير عما قبله كذا قيل ويمكن أن يقال أرادوا بيان من يصلح للقضاء اى الحكم لتصح الدعوى عنده فلا جرم أن ذكر قبلها ولا خفاء أن وجه التأخير عما قبله مستفاد من أن اكثر المنازعات فى الديون والحوالة المطلقة مختصة بها فذكر بعدها نهر (قوله لغة الحكم) واصله قضاى لانه من قضيت الا أن الياء لما جاءت بعد الالف همزت والجمع الاقضية وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه اى حكم وقد يكون بمعنى الفراغ تقول قضيت حاجتى وضربه فقضى عليه اى قتله وقضى نحبه مات وبمعنى الاداء والانهاء ومنه قوله تعالى وقضينا اليه ذلك الامر وبمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله تعالى فقضاهن سبع سموات ومنه القضاء والقدر بحر ملخصا عن الصحاح (قوله وشرعا فصل الخصومات الخ) عزاه فى البحر الى المحيط ولا بدّ أن يزاد فيه على وجه خاص والا دخل فيه نحو الصلح بين الخصمين (قوله وقيل غير ذلك) منه قول العلامة قاسم انه انشاء الزام فى مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا فخرج القضاء على خلاف الاجماع وما ليس بحادثة وما كان من العبادات ومنه قول العلامة ابن الغرس انه الالزام فى الظاهر على صيغة مختصة بامر ظن لزومه فى الواقع شرعا قال فالمراد بالالزام التقرير التام وفى الظاهر فصل احترز به عن الالزام فى نفس الامر لانه راجع الى خطاب الله تعالى وعلى صيغة مختصة اى الشرعية كالزمت وقضيت

قوله اناطة صوابه نوط لان فعله ثلاثى من باب قال كما فى المصباح اهـ مصححه

(فرع) فى النهر والبحر عن صرف البزازية ولو ان المستقرض وهب منه الزائد لم يجز لانه مشاع يحتمل القسمة (ولو توكل المحيل عن المحتال بقبض دين الحوالة لم يصح) ولو شرط المحتال الضمان على المحيل صح ويطالب أيا شاء لان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة خانية وفيها عن الثانى لو غاب المحال عليه ثم جاء المحال وادعى جحوده المال لم يصدق وان برهن لان المشهود عليه غائب فلو حاضرا وجحد الحوالة ولا بينة كان القول له وجعل جحوده فسخا (فرع) الاب او الوصى اذا احتال بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم بأن كان الثانى أملأ صح سراجية والا لم يجز كما فى مضاربة الجوهرة قلت ومفادهما عدم الجواز لو تساويا أو تقاربا وبه جزم فى الخانية والوجه له لانه حينئذ اشتغال بما لا يفيد والعقود انما شرعت للفائدة

* (كتاب القضاء) *

لما كان اكثر المنازعات تقع فى الديون والبياعات اعقبها بما يقطعها (هو) بالمد والقصر لغة الحكم وشرعا (فصل الخصومات وقطع المنازعات) وقيل غير ذلك كما بسط فى المطولات

وأركانه ستة على مانظمه ابن الغرس بقوله
اطراف كل قضية حكمية
ست يلوح بعدها التحقيق
حكم ومحكوم به

وحكمت وأنفذت عليك القضاء وبأمر ظن لزومه الخ فصل عن الجور والتشهي ومعنى في الظاهر أي الصورة الظاهرة اشارة الى أن القضاء مظهر في التحقيق للامر الشرعي لامثبت خلافا لما يتوهم من انه مثبت أخذا من قول الامام بنفوذه ظاهرا وباطنا في العقود والفسوخ بشهادة الزور لان الامر الشرعي في مثله ثابت تقديرا والقضاء يقرره في الظاهر ولم يثبت أمرا لم يكن لان الشرع قد يعتبر المعدوم موجودا والموجود معدوما كوجود الدخول حكما في الحاق نسب ولد المشرقية بالمغربي فأجرى الممكن مجرى الواقع لئلا يهلك الولد بانتفاء نسبه مع وجود العقد المفضى الى ثبوته اه ملخصا وتمامه في رسالته (قوله وأركانه ستة الخ) فيه نظر لان المراد بالقضاء الحكم كما مر والحكم احد الستة المذكورة فيلزم أن يكون ركنا لنفسه فالمناسب ما في البحر من أن ركنه مايدل عليه من قول أو فعل ويأتي بيانه (قوله على مانظمه) أي من بحر الكامل ونصف البيت الثاني الحاء من محكوم ط (قوله ابن الغرس) بالغين المعجمة هو العلامة أبو اليسر بدر الدين محمد الشهير بابن الغرس له شرح على البيتين المذكورين وهو الرسالة المشهورة المسماة الفواكه البدرية في البحث عن اطراف القضايا الحكمية وله الشرح المشهور على شرح العقائد النسفية للتفتازاني (قوله أطراف كل قضية حكمية) الاطراف جمع طرف بالتحريك وطرف الشئ منتهاه وقضية أصله قضوية بياء النسبة الى القضاء حذفت منه الواو بعد قلبها ألفا وحكمية صفة مخصصة لان القضاء يطلق على معان منها الحكم كما مر والمراد بالقضية الحادثة التي يقع فيها التخاصم كدعوى بيع مثلا فركنها اللفظ الدال عليها ولاتكون قضية أي منسوبة الى القضاء والحكم أي لاتكون محلا لثبوت حق المدعى فيها وعدمه الا باستجماع هذه الشروط الستة التي هي بمنزلة اطراف الشئ المحيطة به أو أطراف الانسان هذا ماظهر لي فافهم (قوله بعدها) بتشديد الدال مصدر عد الشئ بعده أحصى عدة أفراده ويلوح بمعنى يظهر والتحقيق فاعله (قوله حكم) تقدم تعريفه وعلمت انه قولي وفعلي فالقولي مثل ألزمت وقضيت مثلا وكذا قوله بعد اقامة البينة لمعتقده أقه واطلب الذهب منه وقوله ثبت عندي يكفي وكذا ظهر عندي أو علمت فهذا كله حكم في المختار زاد في الخزانة أو اشهد عليه وحكى في التتمة الخلاف في الثبوت والفتوى على انه حكم كما في الخانية وغيرها وتمامه في البحر وذكر في الفواكه البدرية انه المذهب ولكن عرف المتشرعين والموثقين الآن على انه ليس بحكم ولذا يقال ولما ثبت عنده حكم والوجه أن يقال ان وقع الثبوت على مقدمات الحكم كقول المسجل ثبت عنده جريان العين في ملك البائع الى حين البيع فليس بحكم اذا كان المقصود من الدعوى الحكم على البائع بملك المشترى للعين المبيعة والا فهو حكم وتمامه فيها وفيها أيضا وأما التنفيذ فالاصل فيه أن يكون حكما اذ من صيغ القضاء قوله أنفذت عليك القضاء قالوا واذا رفع اليه قضاء قاض أمضاه بشروطه وهذا هو التنفيذ الشرعي ومعنى رفع اليه حصلت عنده فيه خصومة شرعية وأما التنفيذ المتعارف في زماننا غالبا فمعناه احاطة القاضي الثاني علما بحكم الاول على وجه التسليم له ويسمى اتصالا اه ملخصا وسيأتي تمام الكلام عليه في آخر فصل الحبس وأما أمر القاضي فاتفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه قضاء بالحق كأمره بالاخذ منه وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء الى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم حتى لو صرفه الى فقير آخر صح واختلفوا في قوله سلم الدار وتمام الكلام عليه في البحر والنهر وأطلق الشارح في الفروع آخر الفصل الآتي تبعا للبزازي انه حكم الا في مسألة الوقف وسيأتي تمامه وأما الحكم الفعلي فسيأتي في الفروع هناك أن فعل القاضي حكم الا في مسألتين وحقق ابن الغرس انه ليس بحكم وأطال الكلام عليه في البحر والنهر وسيأتي توضيحه هناك ان شاء الله تعالى (قوله ومحكوم به) وهو أربعة أقسام حق الله تعالى المحض كحد الزنى أو الخمر وحق العبد المحض وهو ظاهر وما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف أو السرقة أو غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير ابن الغرس وشرطه كونه معلوما بحر عن البدائع وعن هذا فالحكم بالموجب بفتح الجيم لايكفي مالم يكن الموجب أمرا واحدا كالحكم بموجب البيع أو الطلاق أو العتاق وهو ثبوت الملك والحرية وزوال العصمة فلو أكثر فان استلزم أحدهما الآخر صح كالحكم على الكفيل بالدين فان موجبه الحكم عليه به وعلى الاصيل الغائب والا فلا كما لو وقع التنازع في بيع العقار فحكم شافعي بموجبه فانه لايثبت به منع الجار عن الشفعة فللحنفي الحكم بها وأطال في بيانه العلامة ابن الغرس وسيذكره الشارح آخر الفصل الآتي لكن هذا في الحقيقة راجع الى اشتراط

مطلب في التنفيذ

مطلب أمر القاضي هل هو حكم أولا

مطلب الحكم الفعلي

الدعوى فى الحكم كما أشار اليه فى البحر ويأتى ذكره فى الطريق (قوله وله) أى ومحكوم له وهو الشرع فى حقوقه المحضة أو التى غلب فيها حقه ولا حاجة فى ذلك الى الدعوى بخلاف ما تمحض فيها حق العبد أو غلب والعبد هو المدعى وعرّفوه بمن لا يجبر على الخصومة اذا تركها وقيل غير ذلك والشرط فيه بالاجماع حضرته أو حضرة نائب عنه كوكيل أو ولى أو وصى فالمحكوم له المحجور كالغائب اهـ ملخصا من الفواكه البدرية (قوله ومحكوم عليه) وهو العبد دائما لكنه اما متعين واحدا أو أكثر كجماعة اشتركوا فى قتل نقتضى عليهم بالقصاص أولا كما فى القضاء ... على كافة ... بحرف العارضة بالاعتاق فانه جزئى واختلفوا فى ... والصحيح المفتى به انه لا يكون على كافة فتسمع فيه دعوى الملك أو وقف آخر والمحكوم عليه فى حقوق الشرع من يستوفى منه حقه سواء كان مدعى عليه أولا كما مرّت الاشارة اليه اهـ ملخصا من الفواكه وسيذكر المصنف آخر الفصل الآتى حكاية الخلاف فى نفاذ الحكم على الغائب ويأتى تحقيقه هنالك ان شاء الله تعالى (قوله وحاكم) هو اما الامام أو القاضى أو المحكم أما الامام فقال علماؤنا حكم السلطان العادل ينفذ واختلفوا فى المرأة فيما سوى الحدود والقصاص واطلاقهم يتناول أهلية الفاسق الجاهل وفيه بحث وأما المحكم فشرطه أهلية القضاء ويقضى فيما سوى الحدود والقصاص ثم القاضى تتقيد ولايته بالزمان والمكان والحوادث ... ملخصا من ... الفواكه وجميع ذلك سيأتى مفرقا فى مواضعه مع بيان بقية صفة الحاكم وشروطه (قوله وطريق) طريق القاضى الى الحكم يختلف بحسب اختلاف المحكوم به والطريق فيما يرجع الى حقوق العباد المحضة عبارة عن الدعوى والحجة وهى اما البينة أو الاقرار أو اليمين أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضى بما يريد أن يحكم به أو القرائن الواضحة التى تصير الامر فى حيز المقطوع به فقد قالوا لو ظهر انسان من دار بيده سكين وهو متلوث بالدم سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار على الفور فوجدوا فيها انسانا مذبوحا بذلك الوقت ولم يوجد أحد غير ذلك الخارج فانه يؤخذ به وهو ظاهر اذ لا يمترى أحد فى انه قاتله والقول بأنه ذبحه آخر ثم تسوّر الحائط أو أنه ذبح نفسه احتمال بعيد لا يلتفت اليه اذ لم ينشأ عن دليل اهـ من الفواكه لابن الغرس ثم أطال هنا فى بيان الدعوى وتعريفها وشروطها الى أن قال ثم لا يشترط فى الطريق الى الحكم أن تكون بتمامها عند القاضى الواحد حتى لو ادّعى عند نائب القاضى وبرهن ثم وقعت الحادثة الى القاضى أو بالعكس صح وله أن يبنى على ما وقع أوّلا ويقضى اهـ وستأتى هذه متنا ثم قال فى الفصل السابع وقد اتفق أئمة الحنفية والشافعية على انه يشترط لصحة الحكم واعتباره فى حقوق العباد الدعوى الصحيحة وانه لا بد فى ذلك من الخصومة الشرعية واذا كان القاضى يعلم أن باطن الامر ليس كظاهره وانه لا تخاصم ولا تنازع فى نفس الامر بين المتداعيين ليس له سماع هذه الدعوى ولا يعتبر القضاء المترتب عليها ولا يصح الاحتيال لحصول القضاء بمثل ذلك وأما اذا لم يعلم عذر ونفذ قوله ولعمرى هذا شئ عمت به البلوى وبلغت شهرة اعتباره الغاية القصوى اهـ ملخصا ونقله المصنف فى المتمامه وأقرّه فراجعه وكذا جزم به فى فتاواه (تنبيه) بقى طريق ثبوت الحكم أى بعد وقوعه وعليه اقتصر فى البحر فقال له وجهان أحدهما اعترافه حيث كان مولى فلو معزولا فكواحد من الرعايا لا يقبل قوله الا فيما فى يده الثانى الشهادة على حكمه بعد دعوى صحيحة ان لم يكن منكرا أما لو شهدا انه قضى بكذا وقال لم أقض لا تقبل شهادتهما خلافا لمحمد ورجح فى جامع الفصولين قول محمد لفساد قضاة الزمان اهـ وسيأتى تمام الكلام عند قول المصنف ولم يعمل بقول معزول وقد ذكر فى البحر فروعا كثيرة فى أحكام القضاء يلزم الوقوف عليها (قوله وأهله أهل الشهادة) أهل الاول خبر مقدم والثانى مبتدأ مؤخر لان الجملة الخبرية يحكم فيها بمجهول على معلوم فاذا علم زيد وجهل قيامه تقول زيد القائم واذا علم وجهل انه زيد تقول القائم زيد ولذا قالوا لما كان أوصاف الشهادة أشهر عند الناس عرف أوصافه بأوصافها ثم الضمير فى أهله راجع الى القضاء بمعنى من يصح منه أو بمعنى من تصح توليته كما فى البحر وحاصله أن شروط الشهادة من الاسلام والعقل والبلوغ والحرية وعدم العمى والحد فى قذف شروط لصحة توليته ولصحة حكمه بعدها ومقتضاه أن تقليد الكافر لا يصح وان أسلم قال فى البحر وفى الواقعات الحسامية الفتوى على انه لا ينعزل بالردة فان الكفر لا ينافى ابتداء القضاء فى احدى الروايتين حتى لو قلد الكافر ثم أسلم هل يحتاج الى تقليد آخر فيه روايتان اهـ قال فى البحر وبه علم أن تقليد الكافر صحيح وان لم يصح قضاؤه

على

قوله ومحكوم عليه وحاكم وطريق (وأهله أهل الشهادة) أى أداؤها على المسلمين كذا فى الحواشى السعدية

على المسلم حال كفره اهـ وهذا ترجيح لرواية صحة التولية أخذا من كون الفتوى على انه لا ينعزل بالردة خلافا لما مشى عليه المصنف فى باب التحكيم من رواية عدم الصحة وفى الفتح قلد عبد فعتق جاز قضاؤه بتلك الولاية بلا حاجة الى تجديد بخلاف تولية صبى فأدرك ولو قلد كافر فأسلم قال محمد هو على قضائه فصار الكافر كالعبد والفرق أن كلا منهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والاسلام يرتفع أما الصبى فلا ولاية له أصلا وما فى الفصول لو قال لصبى أو كافر اذا أدركت فصل بالناس أو اقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر فى الصبى لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تنجيز اهـ وبه ظهر أن الاولى كون المراد فى مرجع الضمير من يصح منه القضاء لا من تصح توليته الا أن يراد بها الكاملة وهى النافذة الحكم وأما تولية الاطروش فسيذكرها الشارح (قوله ويرد عليه الخ) أى على ما فى الحواشى من تقييده بالمسلمين فكان عليه اسقاطه ليكون المراد أداءها على من يقضى عليه فيدخل الكافر لكن التفسير بالاداء احتراز عن التحمل لانه يصح تحملها حالة الكفر والرق لا أداؤها فينافى ذلك والتحقيق أن يقال كما يعلم مما قدمناه ان كان المراد بمرجع الضمير من تصح توليته يكون المراد بالشهادة تحملها فيدخل فيه العبد والكافر نعم يخرج عنه الصبى لعدم ولايته أصلا وان كان المراد من يصح منه القضاء يكون المراد بالشهادة أداءها فقط فيدخل فيه الكافر المولى على أهل الذمة فانه يصح قضاؤه عليهم حالا وكونه قاضيا خاصا لا يضر كما لا يضر تخصص قاضى المسلمين بجماعة معينين لان المراد من يصح قضاؤه فى الجملة وعلى كل فالواجب اسقاط ذلك القيد الا أن يكون مراده تعريف القاضى الكامل (قوله ليحكم بين أهل الذمة) أى حال كفره والا فقد علمت أن الكافر يصح توليته مطلقا لكن لا يحكم الا اذا أسلم (تنبيه) ظهر من كلامهم حكم القاضى المنصوب فى بلاد الدروز فى القطر الشامى ويكون درزيا ويكون نصرانيا فكل منهما لا يصح حكمه على المسلمين فان الدرزى لا ملة له كالمنافق والزنديق وان سمى نفسه مسلما وقد أفتى فى الخيرية بأنه لا تقبل شهادته على المسلم والظاهر أنه يصح حكم الدرزى على النصرانى وبالعكس تأمل وهذا كله بعد كونه منصوبا من طرف السلطان أو مأموره بذلك والا فالواقع انه ينصبه أمير تلك الناحية ولا أدرى انه مأذون له بذلك أم لا ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم لكن جرت العادة أن أمير صيدا يولى القضاء فى تلك الثغور والبلاد بخلاف دمشق ونحوها فان أميرها ليس له ذلك فيها بدليل أن لها قاضيا فى كل سنة يأتى من طرف السلطان ثم رأيت فى الفتح قال والذى له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذى نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذى ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فان له أن يولى ويعزل كذا قالوا ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام وحلب فى ديارنا يطلق لهم التصرف فى الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون اهـ والله سبحانه أعلم (قوله وشرط أهليتها الخ) تكرار مع قوله وأهله أهل الشهادة اهـ ح والظاهر أن المصنف ذكر الجملة الاولى تبعا للكنز وغيره ثم ذكر الثانية تبعا للغرر توضيحا وشرحا للاولى وأما الجواب بأنه ذكرها ليرتب عليها قوله والفاسق أهلها فغير مفيد فافهم (قوله فلذا قيل الخ) علة للعلة (قوله والفاسق أهلها) سيأتى بيان الفسق والعدالة فى الشهادات وأفصح بهذه الجملة دفعا لتوهم من قال ان الفاسق ليس بأهل للقضاء فلا يصح قضاؤه لانه لا يؤمن عليه لفسقه وهو قول الثلاثة واختاره الطحاوى قال العينى وينبغى أن يفتى به خصوصا فى هذا الزمان اهـ أقول لو اعتبر هذا لانسد باب القضاء خصوصا فى زماننا فلذا كان ما جرى عليه المصنف هو الاصح كما فى الخلاصة وهو أصح الاقاويل كما فى العمادية نهر وفى الفتح والوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا وحينئذ فيحكم بفتوى غيره اهـ (قوله لكنه لا يقلد وجوبا الخ) قال فى البحر وفى غير موضع ذكر الاولوية يعنى الاولى أن لا تقبل شهادته وان قبل جاز وفى الفتح ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضى بها فان قضى جاز ونفذ اهـ ومقتضاه الاثم وظاهر قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا انه لا يحل قبولها قبل تعرف حاله وقولهم بوجوب السؤال عن الشاهد سرا وعلانية طعن الخصم أو لا فى سائر الحقوق على قولهما المفتى به يقتضى الاثم بتركه لانه للتعرف عن حاله حتى لا يقبل الفاسق وصرح ابن الكمال بأن من قلد فاسقا يأثم واذا قبل القاضى شهادته يأثم اهـ (قوله به يفتى) راجع لما فى المتن فقد علمت التصريح بتصحيحه وبأنه ظاهر المذهب وأما كون عدم تقليده واجبا ففيه كلام كما علمت فافهم (قوله وقيده) أى قيد قبول

ويرد عليه أن الكافر يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة ذكره الزيلعى فى التحكيم (وشرط أهليتها شرط أهليته) فان كلا منهما من باب الولاية والشهادة أقوى لانها ملزمة على القاضى والقضاء ملزم على الخصم فلذا قيل حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة ابن كمال (والفاسق أهلها فيكون اهله لكنه لا يقلد) وجوبا ويأثم مقلده كقابل شهادته به يفتى وقيده فى القاعدية بما اذا غلب على ظنه صدقه فليحفظ درر

مطلب
فى حكم القاضى الدرزى والنصرانى

واستثنى الثانى الفاسق ذا الجاه والمروءة فانه يجب قبول شهادته بزازية قال فى النهر وعليه فلا يأثم أيضا بتوليته القضاء حيث كان كذلك الا أن يفرق بينهما انتهى قلت سيجىء تضعيفه فراجعه وفى معروضات المفتى أبى السعود لما وقع التساوى فى قضاة زماننا فى وجود العدالة ظاهرا ورد الامر بتقديم الافضل فى العلم والديانة والعدالة (والعدو لا تقبل [٢] شهادته على عدوه اذا كانت دنيوية) ولو قضى القاضى بها لا ينفذ ذكره يعقوب باشا (فلا يصح قضاؤه عليه) لما تقرر أن أهله أهل الشهادة قال وبه أفتى مفتى مصر شيخ الاسلام أمين الدين بن عبد العال قال وكذا سجل العدو لا يقبل على عدوه ثم نقل عن شرح الوهبانية انه لم ير نقلها عندنا وينبغى النفاذ [٣] لو القاضى عدلا وقال ابن وهبان بحثا ان بعلمه لم يجز وان بشهادة العدول بمحضر من الناس جاز اه قلت واعتمده القاضى محب الدين فى منظومته فقال

ولو على عدوه قاض حكم
ان كان عدلا صح ذا والا لم
واختار بعض العلما وفصلا
ان كان بالعلم قضى لن يقبلا
وان يكن بمحضر من الملا
وبشهادة العدول قبلا

قلت لكن نقل فى البحر والعينى والزيلعى والمصنف وغيرهم عند مسألة التقليد من الجائر عن الناصحى

شهادة الفاسق المفهوم من قابل اهـ ح وعبارة الدرر حتى لو قبلها القاضى وحكم بها كان آثما لكنه ينفذ وفى الفتاوى القاعدية هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ اهـ قلت والظاهر أنه لا يأثم أيضا لحصول التبين المأمور به فى النص تأمل قال ط فان لم يغلب على ظن القاضى صدقه بأن غلب كذبه عنده أو تساويا فلا يقبلها أى لا يصح قبولها أصلا هذا ما يعطيه المقام اهـ (قوله واستثنى الثانى) أى أبو يوسف من الفاسق الذى يأثم القاضى بقبول شهادته والظاهر أن هذا مما يغلب على ظن القاضى صدقه فيكون داخلا تحت كلام القاعدية فلا حاجة الى استثنائه على ما استظهرناه آنفا تأمل (قوله سيجىء تضعيفه) أى فى الشهادات حيث قال وما فى القنية والمجتبى من قبول ذى المروءة الصادق فقول الثانى وضعفه الكمال بأنه تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل وأقره المصنف اهـ قلت قدمنا آنفا عن البحر أن ظاهر النص انه لا يحل قبول شهادة الفاسق قبل تعرف حاله فاذا ظهر للقاضى من حاله الصدق وقبله يكون موافقا للنص الا أن يريد بالنص قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم لكن فيه أن دلالته على عدم قبول العدل انما هى بالمفهوم وهو غير معتبر عندنا ولا سيما هو مفهوم لقب مع أن الآية الاولى تدل على قبول قوله عند التبين عن حاله كما قلنا تأمل (قوله وفى معروضات المفتى أبى السعود) أى المسائل التى عرضها على سلطان زمانه فأمر بالعمل بها (قوله فى وجود العدالة) هذا كان فى زمنه وقد وجد التساوى فى عدمها الآن فلينظر من يقدم ط (قوله اذا كانت دنيوية) سيذكر تفسيرها عن شرح الشرنبلالى واحترز بالدنيوية عن الدينية فان من عادى غيره لارتكابه ما لا يحل لا يتهم بأنه يشهد عليه بزور بخلاف المعاداة الدنيوية وعن هذا قبلت شهادة المسلم على الكافر وان كان عدوه من حيث الديانة وكذا شهادة اليهودى على النصرانى (قوله ولو قضى القاضى بها لا ينفذ) دفع به ما يتوهم انها مثل شهادة الفاسق فانه تقدم انه يصح قبولها وان اثم القاضى فشهادة العدو ليست كذلك بل هى كما لو قبل شهادة العبد والصبى (قوله ذكره يعقوب باشا) أى فى حاشيته على صدر الشريعة وقال فى الخيرية والمسألة دوارة فى الكتب (قوله فلا يصح قضاؤه عليه) أى اذا كانت شهادة العدو على عدوه لا تقبل ولو قضى بها القاضى لا ينفذ يتفرع عليه أن القاضى لو قضى على عدوه لا يصح لما تقرر الخ وبه سقط ما قيل ان ما ذكره عن اليعقوبية مكرر مع هذا فافهم (تنبيه) اذا لم يصح قضاؤه عليه فالمخلص انابة غيره اذا كان مأذونا بالاستنابة وسيأتى انه يستنيب اذا وقعت له أو لولده حادثة (قوله قال) أى المصنف فى المنح ونصه ورأيت بموضع ثقة معزوا الى بعض الفتاوى وأظن انها فتاوى الكبرى للخاصى أن سجل العدو لا يقبل على عدوه كما لا تقبل شهادته عليه اهـ فافهم والظاهر أن المراد بالسجل كما قال ط كتاب القاضى الى قاض فى حادثة على عدو للقاضى وهو ما يأتى عن الناصحى (قوله ثم نقل) أى المصنف (قوله انه لم ير نقلها) أى نقل مسألة قضاء القاضى على عدوه وهذا الكلام ذكره عبد البر بن الشحنة فى شرح الوهبانية عن ابن وهبان فينبغى أن يكون قوله لم ير نقلها مبنيا للمجهول [٣] (قوله وينبغى النفاذ) أى مطلقا سواء كان بعلمه أو بشهادة عدلين وهذا البحث لشارح الوهبانية خالف فيه بحث ابن وهبان الآتى وذكره عقبه بقوله قلت بل ينبغى النفاذ مطلقا لو القاضى عدلا (قوله ان بعلمه لم يجز) أى بناء على القول بجواز قضاء القاضى بعلمه والمعتمد خلافه وعليه فلا خلاف بين كلامى ابن الشحنة وابن وهبان فان مؤدى كلاميهما نفوذ حكمه لو عدلا بشهادة العدول (قوله واعتمده الخ) المتبادر من النظم اعتماد الاول وهو بحث ابن الشحنة فيتعين عود الضمير اليه (قوله واختار بعض العلما) هو ابن وهبان (قوله قلت لكن الخ) أصله للمصنف حيث قال وقد غفل الشيخان أى ابن وهبان وشارحه عبد البر عما اتفقت كلمتهم عليه فى كتبهم المعتمدة من أن أهله أهل الشهادة فمن صلح لها صلح له ومن لا فلا والعدو لا يصلح للشهادة على ما عليه عامة المتأخرين فلا يصلح للقضاء اهـ ط قلت ولم أر هذا الكلام فى نسختى من شرح المصنف ثم اعلم أن مراد الشارح الاستدراك على كلام الشيخين وتأييد كلام المتن فان المصنف فرع عدم صحة القضاء على عدم قبول الشهادة وهو مفهوم الكلية الواقعة فى عبارات المتون وهى قولهم وأهله أهلها فان مفهومها عكسها اللغوى وهو ان من ليس أهلا لها لا يكون أهلا له فلذا قال المصنف فى متنه والعدو لا تقبل شهادته على عدوه فلا يصح قضاؤه عليه ولما كان هذا اثباتا للحكم بالمفهوم وفيه احتمال نقل الشارح أن مفهوم الكلية المذكورة مصرح به فى عبارة الناصحى

[٢] قوله على عدم قبول العدل هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه كلمة غير والاصل عدم قبول غير العدل تأمل اهـ مصححه

[٣] مطلب فى قضاء العدو على عدوه

فسقط

فسقط الاحتمال واندفع بحث الشيخين وتأيد كلام المصنف ولذا قال وهو صريح اوكالصريح فيما اعتمده المصنف ولكن بقي ههنا تحقيق وتوفيق وهو أنه ذكر في القنية أن العداوة الدنيوية لاتمنع قبول الشهادة مالم يفسق بها وأنه الصحيح وعليه الاعتماد وأن ما في المحيط والواقعات من أن شهادة العدو على عدوه لاتقبل اختيار المتأخرين والرواية المنصوصة تخالفها وأنه مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة تقبل اذا كان عدلا وفي المبسوط ان كانت دنيوية فهذا يوجب فسقه فلا تقبل شهادته اه ملخصا والحاصل أن في المسألة قولين معتمدين أحدهما عدم قبولها على العدو وهذا اختيار المتأخرين وعليه صاحب الكنز والملتقى ومقتضاه أن العلة العداوة لا الفسق والا لم تقبل على غير العدو أيضا وعلى هذا لا يصح قضاء العدو على عدوه أيضا ثانيهما أنها تقبل الا اذا فسق بها واختاره ابن وهبان وابن الشحنة واذا قبلت فبالضرورة يصح قضاء العدو على عدوه اذا كان عدلا فلذا اختار الشيخان صحته وبه علم أن من يقول بقبول شهادة العدو العدل يقول بصحة قضائه ومن لا فلا وأن ماذكره الناصحي لا يعارض كلام الشيخين لاختلاف المناط فاغتنم هذا التحقيق ودع التلفيق (قوله لايعتمد على كتابه) هو المعبر عنه فيما سبق بالسجل ط (قوله فيما اعتمده المصنف) اى في متنه من اطلاق عدم القبول (قوله وبه أفتى محقق الشافعية الرملي) هذا غير ما نقله في شرح الوهبانية عن الرافعي عن الماوردي من جواز القضاء على العدو لا الشهادة عليه لظهور أسباب الحكم وخفاء اسباب الشهادة اه وهو وجيه ولذا قيد ابن وهبان صحة القضاء بما اذا كان بشهادة العدول بمحضر من الناس كما مر لتنتفي التهمة بمعاينة اسباب الحكم ويظهر لي انه ينبغي أن يصح الحكم عندنا في هذه الصورة حتى على القول بعدم قبول شهادة العدو فتأمل (قوله ومن خطه نقلت) الجار والمجرور متعلق بقوله نقلت وقوله انه لو قضى الخ مفعول نقلت أو بدل من الضمير المجرور في قوله وبه أفتى وجملة ومن خطه نقلت معترضة أو هي خبر مقدم وجملة أنه لو قضى الخ مبتدأ مؤخر واقتصر ط على الاخير (قوله وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي الخ) اصله لناظمها ونقله العلامة عبد البر عنه ونصه قال اى ابن وهبان وقد يتوهم بعض المتفقهة من الشهود أن من خاصم شخصا في حق او ادعى عليه يصير عدوه فيشهدون بينهما بالعداوة وليس كذلك وانما تثبت بنحو الخ اه قلت لكن قد علمت أن مختار ابن وهبان أن العداوة لا تمنع قبول الشهادة الا اذا فسق بها فعلم انها قد تكون مفسقة وقد لا تكون فقوله وانما تثبت الخ يريد به العداوة المانعة وهي المفسقة ولا يخفى أن هذه تمنع القبول على العدو وعلى غيره وسيأتي تمام الكلام على هذه المسألة في الشهادات ان شاء الله تعالى (قوله ووصي) اى فيما اوصى عليه وقوله وشريك اى فيما هو من مال الشركة ط (قوله والفاسق لايصلح مفتيا) اى لايعتمد على فتواه وظاهر قول المجمع لايستفتى أنه لايحل استفتاؤه ويؤيده قول ابن الهمام في التحرير الاتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة او رآه منتصبا والناس يستفتونه معظمين له وعلى امتناعه ان ظن عدم أحدهما اى عدم الاجتهاد او العدالة كما في شرحه ولكن اشتراط الاجتهاد مبني على اصطلاح الاصوليين أن المفتي المجتهد أي الذي يفتي بمذهبه وأن غيره ليس بمفت بل هو ناقل كما سيأتي والثاني هو المراد هنا بدليل ما سيأتي من أن اجتهاده شرط الاولوية ولان المجتهد مفقود اليوم والحاصل أنه لا يعتمد على فتوى المفتي الفاسق مطلقا (قوله وله في شرحه عبارات بليغة) حيث قال ان اولى ما يستنزل به فيض الرحمة الالهية في تحقيق الواقعات الشرعية طاعة الله عز وجل والتمسك بحبل التقوى قال تعالى واتقوا الله ويعلمكم الله ومن اعتمد على رأيه وذهنه في استخراج دقائق الفقه وكنوزه وهو في المعاصي حقيق بانزال الخذلان فقد اعتمد على ما لا يعتمد عليه ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور اه (قوله وظاهر ما في التحرير) بل هو صريحه كما سمعت (قوله وبه جزم في الكنز) حيث قال والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا لجزمه بالاول ونسب الثاني الى قائله بصيغة التمريض فافهم (قوله لانه يجتهد الخ) هذا التعليل لا يظهر في زماننا لانه قد يعرض عن النص الضروري قصد الغرض فاسد وربما عورض بالنص فيدعي فساد النص ط (قوله حذار نسبة الخطا) الاولى أن يقول حذر لما في القاموس وحذار حذار وقد ينون الثاني أي احذر ط (قوله وشرط بعضهم تيقظه) احترازا عمن غلب عليه الغفلة والسهو قلت وهذا شرط لازم في زماننا فان العادة اليوم أن من صار بيده فتوى المفتي استطال على خصمه وقهره بمجرد قوله أفتاني المفتي بأن الحق معي والخصم جاهل لا يدري ما في الفتوى فلا بد أن يكون المفتي متيقظا يعلم حيل الناس ودسائسهم فاذا

في تهذيب أدب القاضي للخصاف أن من لم تجز شهادته لم يجز قضاؤه ومن لم يجز قضاؤه لا يعتمد على كتابه اه وهو صريح او كالصريح فيما اعتمده المصنف كما لا يخفى فليعتمد وبه أفتى محقق الشافعية الرملي ومن خطه نقلت أنه لو قضى عليه ثم اثبت عداوته بطل قضاؤه فليحفظ وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي ثم انما تثبت العداوة بنحو قذف وجرح وقتل ولي لا بمخاصمة نعم هي تمنع الشهادة فيما وقعت فيه المخاصمة كشهادة وكيل فيما وكل فيه ووصي وشريك (والفاسق لا يصلح مفتيا) لان الفتوى من امور الدين والفاسق لا يقبل قوله في الديانات ابن ملك زاد العيني واختاره كثير من المتأخرين وجزم به صاحب المجمع في متنه وله في شرحه عبارات بليغة وهو قول الائمة الثلاثة أيضا وظاهر ما في التحرير أنه لا يحل استفتاؤه اتفاقا كما بسطه المصنف (وقيل نعم) يصلح وبه جزم في الكنز لانه يجتهد حذار نسبة الخطا ولا خلاف في اشتراط اسلامه وعقله وشرط بعضهم تيقظه

جاء السائل يقرّره من لسانه ولا يقول له ان كان كذا فالحق معك وان كان كذا فالحق مع خصمك لانه يختار لنفسه ما ينفعه ولا يعجز عن اثباته بشاهدى زور بل الاحسن أن يجمع بينه وبين خصمه فاذا ظهر له الحق مع أحدهما كتب الفتوى لصاحب الحق وليحترز من الوكلاء فى الخصومات فان أحدهم لا يرضى الا باثبات دعواه لموكله بأى وجه أمكن ولهم مهارة فى الحيل والتزوير وقلب الكلام وتصوير الباطل بصورة الحق فاذا أخذ الفتوى قهر خصمه ووصل الى غرضه الفاسد فلا يحل للمفتى أن يعينه على ضلاله وقد قالوا من جهل بأهل زمانه فهو جاهل وقد يسأل عن أمر شرعى وتدل القرائن للمفتى المتيقظ أن مراده التوصل به الى غرض فاسد كما شاهدناه كثيرا والحاصل أن غفلة المفتى يلزم منها ضرر عظيم فى هذا الزمان والله تعالى المستعان (قوله لاحريته الخ) اى فهو كالراوى لا كالشاهد والقاضى ولذا تصح فتوى من لا تقبل شهادته له (قوله فيصح افتاء الاخرس) اى حيث فهمت اشارته بل يجوز أن يعمل باشارة الناطق كما فى الهندية وأفاده عموم قول المصنف ويكتفى بالاشارة منه ط (قوله فالاصح الصحة) لانه يفرق بين المدعى والمدعى عليه وقيل لا يجوز لانه لا يسمع الاقرار فيضيع حقوق الناس بخلاف الاصم وهكذا فصل شارح الوهبانية وينبغى أن الحكم كذلك فى المفتى فان قلت قد يفرق بينهما بأن المفتى يقرأ صورة الاستفتاء ويكتب جوابه فلا يحتاج الى السماع قلت الظاهر من كلامهم عدم الاكتفاء بهذا فى القاضى مع أنه يمكن أن يكتب له جواب الخصمين فكذا فى المفتى ويمكن الفرق بأن القضاء لا بد له من صيغة مخصوصة بعد دعوى صحيحة فيحتاط فيه بخلاف الافتاء فانه افادة الحكم الشرعى ولو بالاشارة فلا يشترط فيه السماع اه منح ملخصا قلت لا شك انه اذا كتب له وأجاب عنه جاز العمل بفتواه وأما اذا كان منصوبا للفتوى يأتيه عامة الناس ويسألونه من نساء وأعراب وغيرهم فلا بد أن يكون صحيح السمع لانه لا يمكن كل سائل أن يكتب له سؤاله وقد يحضر اليه الخصمان ويتكلم أحدهما بما يكون فيه الحق عليه لا له والمفتى لم يسمع ذلك منه فيفتيه على ما سمع من بعض كلامه فيضيع حق خصمه وهذا قد شاهدته كثيرا فلا ينبغى التردد فى أنه لا يصلح أن يكون مفتيا عاما ينتظر القاضى جوابه ليحكم به فان ضرر مثل هذا أعظم من نفعه والله سبحانه اعلم (قوله ويفتى القاضى الخ) فى الظهيرية ولا بأس للقاضى أن يفتى من لم يخاصم اليه ولا يفتى أحد الخصمين فيما خوصم اليه اه بحر وفى الخلاصة القاضى هل يفتى فيه أقاويل والصحيح أنه لا بأس به فى مجلس القضاء وغيره فى الديانات والمعاملات اه ويمكن حمله على من لم يخاصم اليه فيوافق ما فى الظهيرية ومن ثم عوّلنا عليه فى هذا المختصر منح وقد جمع الشارح بين العبارتين بهذا الحمل وفى كافى الحاكم وأكره للقاضى أن يفتى فى القضاء للخصوم كراهة أن يعلم خصمه قوله فيحترز منه بالباطل اه (قوله وسيتضح) لعله أراد به مسألة التسوية تأمل (قوله على الاطلاق) اى سواء كان معه أحد أصحابه او انفرد لكن سيأتى قبيل الفصل أن الفتوى على قول أبى يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته (قوله وهو الاصح) مقابله ما يأتى عن الحاوى وما فى جامع الفصولين من أنه لو معه أحد صاحبيه أخذ بقوله وان خالفاه قيل كذلك وقيل يخير الا فيما كان الاختلاف بحسب تغير الزمان كالحكم بظاهر العدالة وفيما اجمع المتأخرون عليه كالمزارعة والمعاملة فيختار قولهما (قوله وعبارة النهر الخ) اى لافادة أن رتبة الحسن بعد زفر بخلاف عبارة المصنف فان عطفه بالواو يفيد أنهما فى رتبة واحدة وعبارة المصنف هى المشهورة فى الكتب (قوله وصحح فى الحاوى) اى الحاوى القدسى وهذا فيما اذا خالف الصاحبان الامام والمراد بقوة المدرك قوة الدليل اطلق عليه المدرك لانه محل ادراك الحكم لان الحكم يؤخذ منه (قوله والاول اضبط) لان ما فى الحاوى خاص فيمن له اطلاع على الكتاب والسنة وصار له ملكة النظر فى الادلة واستنباط الاحكام منها وذلك هو المجتهد المطلق او المقيد بخلاف الاول فانه يمكن لمن هو دون ذلك (قوله ولا يخير الا اذا كان مجتهدا) اى لا يجوز له مخالفة الترتيب المذكور الا اذا كان له ملكة يقتدر بها على الاطلاع على قوة المدرك وبهذا رجع القول الاول الى ما فى الحاوى من أن العبرة فى المفتى المجتهد لقوة المدرك نعم فيه زيادة تفصيل سكت عنه الحاوى فقد اتفق القولان على أن الاصح هو أن المجتهد فى المذهب من المشايخ الذين هم اصحاب الترجيح لا يلزمه الاخذ بقول الامام على الاطلاق بل عليه النظر فى الدليل وترجيح ما رجح عنده دليله ونحن نتبع ما رجحوه واعتمدوه كما لو أفتوا فى حياتهم كما حققه الشارح فى أول الكتاب نقلا عن العلامة قاسم ويأتى قريبا عن الملتقط أنه ان لم يكن مجتهدا فعليه تقليدهم واتباع رأيهم فاذا قضى بخلافه لا ينفذ

لاحريته وذكورته ونطقه فيصح افتاء الاخرس لا قضاؤه (ويكتفى بالاشارة منه لا من القاضى) للزوم صيغة مخصوصة لحكمه وألزمت بعد دعوى صحيحة وأما الاطرش وهو من يسمع الصوت القوى فالاصح الصحة بخلاف الاصم (ويفتى القاضى) ولو فى مجلس القضاء وهو الصحيح (من لم يخاصم اليه) ظهيرية وسيتضح (ويأخذ) القاضى كالمفتى (بقول ابى حنيفة على الاطلاق ثم بقول ابى يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد) وهو الاصح منية وسراجية وعبارة النهر ثم بقول الحسن فتنبه وصحح فى الحاوى اعتبار قوة المدرك والاول اضبط نهر (ولا يخير الا اذا كان مجتهدا)

مطلب
يفتى بقول الامام على الاطلاق

حكمه وفى فتاوى ابن الشلبى لايعدل عن قول الامام الااذا صرح أحد من المشايخ بأن الفتوى على قول غيره وبهذا سقط ما بحثه فى البحر من أن علينا الافتاء بقول الامام وان افتى المشايخ بخلافه وقد اعترضه محشيه الخير الرملى بما معناه ان المفتى حقيقة هو المجتهد وأما غيره فناقل لقول المجتهد فكيف يجب علينا الافتاء بقول الامام وان أفتى المشايخ بخلافه ونحن انما نحكى فتواهم لاغير اهـ وتمام أبحاث هذه المسألة حررناه فى منظومتنا فى رسم المفتى وفى شرحها وقدمنا بعضه فى أول الكتاب والله الهادى الى الصواب فافهم (قوله معتمد مذهبه) اى الذى اعتمده مشايخ المذهب سواء وافق قول الامام أو خالفه كما قررناه آنفا (قوله وسيجئ) اى بعد أسطر عن الملتقط وكذا فى الفصل الآتى عند قوله قضى فى مجتهد فيه (قوله اعلم أن فى كل موضع قالوا الرأى فيه للقاضى الخ) أقول قد عد فى الاشباه من المسائل التى فوضت لرأى القاضى احدى عشرة مسألة وزاد محشيه الخير الرملى اربع عشرة مسألة اخرى ذكرها الحموى فى حاشيته ولحفيد المصنف الشيخ محمد ابن الشيخ صالح ابن المصنف رسالة فى ذلك سماها فيض المستفيض فى مسائل التفويض فارجع اليها ولكن بعض هذه المسائل لايظهر توقف الرأى فيها على الاجتهاد المصطلح فليتأمل وانظر ما نذكره فى الفصل الآتى عند قوله فيحبسه بما رأى (قوله وانما ينفذ القضاء الخ) هذا فى القاضى المجتهد أما المقلد فما به العمل بمعتمد مذهبه علم فيه خلافا أولا اهـ ط وسيأتى تمام الكلام على هذه المسألة عند قول المصنف واذا رفع اليه حكم قاض آخر نفذه (قوله واذا أشكل الخ) قال فى الهندية وان لم يقع اجتهاده على شئ وبقيت الحادثة مختلفة ومشكلة كتب الى فقهاء غير مصره فالمشاورة بالكتاب سنة قديمة فى الحوادث الشرعية فان اتفق رأيهم على شئ ورأيه يوافقهم وهو من أهل الرأى والاجتهاد أمضى ذلك برأيه وان اختلفوا نظر الى أقرب الاقوال عنده من الحق ان كان من أهل الاجتهاد والا أخذ بقول من هو أفقه وأورع عنده اهـ ط (قوله وقضى بما رآه صوابا) اى بما حدث له من الرأى والاجتهاد بعد مشاورتهم فلا ينافى قوله ولا رأى له فيه تأمل (قوله الا أن يكون غيره) اى الا أن يكون الشخص الذى افتاه اقوى منه فيجوز له أن يعدل عن رأى نفسه الى رأى ذلك المفتى لكن هذا اذا اتهم رأى نفسه ففى الهندية عن المحيط وان شاور القاضى رجلا واحدا كفى فان رأى بخلاف رأيه وذلك الرجل أفضل وأفقه عنده لم تذكر هذه المسألة هنا وقال فى كتاب الحدود لو قضى برأى ذلك الرجل أرجو أن يكون فى سعة وان لم يتهم القاضى رأيه لا ينبغى أن يترك رأى نفسه ويقضى برأى غيره اهـ اى لان المجتهد لا يقلد غيره (قوله واتباع رأيهم) اى ان اتفقوا على شئ والا أخذ بقول الافقه والاورع عنده كما مر قال فى الفتح وعندى أنه لو أخذ بقول الذى لا يميل اليه قلبه جاز لان ذلك الميل وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد او أخطأ اهـ قلت وهذا كله فيما اذا كان المفتيان مجتهدين واختلفا فى الحكم ومثله يقال فى المقلدين فيما لم يصرحوا فى الكتب بترجيحه واعتماده أو اختلفوا فى ترجيحه والا فالواجب الآن اتباع ما اتفقوا على ترجيحه او كان ظاهر الرواية او قول الامام او نحو ذلك من مقتضيات الترجيح التى ذكرناها فى اول الكتاب وفى منظومتنا وشرحها (قوله فى ظاهر الرواية) فى البحر ولا يشترط المصر على ظاهر الرواية فالقضاء بالسواد صحيح وبه يفتى كذا فى البزازية اهـ وبه علم أن كلا من القولين معزو الى ظاهر الرواية وفيه تأمل رملى على المنح (قوله وفى عقار الخ) فى البحر ولا يشترط أن يكون المتداعيان من بلد القاضى اذا كانت الدعوى فى المنقول والدين وأما فى عقار لا فى ولايته فالصحيح الجواز كما فى الخلاصة والبزازية واياك أن تفهم خلاف ذلك فانه غلط اهـ (قوله أخذ القضاء برشوة) بتثليث الراء قاموس وفى المصباح الرشوة بالكسر ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له او يحمله على ما يريد جمعها رشا مثل سدرة وسدر والضم لغة وجمعها رشى بالضم اهـ وفيه البرطيل بكسر الباء الرشوة وفتح الباء عامى وفى الفتح ثم الرشوة اربعة أقسام منها ما هو حرام على الآخذ والمعطى وهو الرشوة على تقلد القضاء والامارة الثانى ارتشاء القاضى ليحكم وهو كذلك ولو القضاء بحق لانه واجب عليه الثالث أخذ المال ليسوى أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ فقط وحيلة حلها أن يستأجره يوما الى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله فى الذهاب الى السلطان للامر الفلانى وفى الاقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهداء للتودد وحرام منهما كالاهداء ليعينه على الظلم وحرام على الآخذ فقط وهو أن يهدى ليكف

بل المقلد متى خالف معتمد مذهبه لا ينفذ حكمه وينقض هو المختار للفتوى كما بسطه المصنف فى فتاويه وغيره وقدمناه اول الكتاب وسيجئ وفى القهستانى وغيره اعلم أن فى كل موضع قالوا الرأى فيه للقاضى فالمراد قاض له ملكة الاجتهاد انتهى وفى الخلاصة وانما ينفذ القضاء فى المجتهد فيه اذا علم أنه مجتهد فيه والا فلا (واذا اختلف مفتيان) فى جواب حادثة (اخذ بقول افقههما بعد أن يكون اورعهما) سراجية وفى الملتقط واذا اشكل عليه امر ولا رأى له فيه شاور العلماء ونظر أحسن اقاويلهم وقضى بما رآه صوابا لا بغيره الا أن يكون غيره اقوى فى الفقه ووجوه الاجتهاد فيجوز ترك رأيه برأيه ثم قال وان لم يكن مجتهدا فعليه تقليدهم واتباع رأيهم فاذا قضى بخلافه لا ينفذ حكمه (المصر شرط لنفاذ القضاء فى ظاهر الرواية وفى رواية النوادر لا) فينفذ فى القرى وفى عقار لا فى ولايته على الصحيح خلاصة (وبه يفتى) بزازية (اخذ القضاء برشوة)

مطلب فى الكلام على الرشوة والهدية

عنه الظلم والحيلة أن يستأجره الخ قال اى فى الاقضية هذا اذا كان فيه شرط أما اذا كان بلا شرط لكن يعلم يقينا أنه انما يهدى ليعينه عند السلطان فمشايخنا على انه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فاهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه أو ماله حلال للدافع حرام على الآخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب اهـ ما فى الفتح ملخصا وفى القنية الرشوة يجب ردها ولا تملك وفيها دفع للقاضى أو لغيره سحتا لاصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد ما دفع اليه اهـ وتمام الكلام عليها فى البحر ويأتى الكلام على الهدية للقاضى والمفتى والعمال (قوله للسلطان) صفة لرشوة اى دفعها القاضى له وكذا لو دفعها غيره كما فى البحر عن البزازية (قوله او ارتشى) المناسب اسقاطه لانه يغنى عنه قوله ولو كان عدلا مع ما فيه من الايهام كما تعرفه (قوله لا ينفذ حكمه) فيه ايهام التسوية بين المسألتين مع انه اذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا كما فى الكنز قال فى البحر وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى اهـ ومثله فى الدرر عن العمادية وأما اذا ارتشى اى بعد صحة توليته سواء ارتشى ثم قضى أو قضى ثم ارتشى كما فى الفتح فحكى فى العمادية فيه ثلاثة أقوال قيل ان قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه وفى غيره وقيل لا ينفذ فيه وينفذ فيما سواه واختاره السرخسى وقيل لا ينفذ فيهما والاول اختاره البزدوى واستحسنه فى الفتح لان حاصل أمر الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجاب فسقه وقد فرض أنه لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه انه اذا ارتشى عامل لنفسه معنى والقضاء عمل لله تعالى اهـ قال فى النهر تبعا للبحر وأنت خبير بأن كون خصوص هذا الفسق غير مؤثر ممنوع بل يؤثر بملاحظة كونه عملا لنفسه وبهذا يترجح ما اختاره السرخسى وفى الخانية أجمعوا أنه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه اهـ قلت حكاية الاجماع منقوضة بما اختاره البزدوى واستحسنه فى الفتح وينبغى اعتماده للضرورة فى هذا الزمان والا بطلت جميع القضايا الواقعة الآن لانه لا تخلو قضية عن أخذ القاضى الرشوة المسماة بالمحصول قبل الحكم أو بعده فيلزم تعطيل الاحكام وقد مر عن صاحب النهر فى ترجيح أن الفاسق أهل للقضاء أنه لو اعتبر العدالة لانسد باب القضاء فكذا يقال هنا وانظر ما سنذكره فى أول باب التحكيم وفى الحامدية عن جواهر الفتاوى قال شيخنا وامامنا جمال الدين البزدوى أنا متحير فى هذه المسألة لا أقدر أن أقول تنفذ أحكامهم لما أرى من التخليط والجهل والجراءة فيهم ولا أقدر أن أقول لا تنفذ لان أهل زماننا كذلك فلو أفتيت بالبطلان أدى الى ابطال الاحكام جميعا يحكم الله بيننا وبين قضاة زماننا افسدوا علينا ديننا وشريعة نبينا صلى الله عليه وسلم لم يبق منهم الا الاسم والرسم اهـ هذا فى قضاة ذلك الزمان فما بالك فى قضاة زماننا فانهم زادوا على من قبلهم باعتقادهم حل ما يأخذونه من المحصول بزعمهم الفاسد أن السلطان يأذن لهم بذلك وسمعت من بعضهم ان المولى أبا السعود أفتى بذلك وأظن أن ذلك افتراء عليه وانظر ما سنذكره قبيل كتاب الشهادات ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم (قوله ومنه الخ) اى من قسم أخذ القضاء بالرشوة وهذا يسمى الآن مقاطعة والتزاما بأن يكون على رجل قضاء ناحية فيدفع له آخر شيأ معلوما ليقضى فيها ويستقل بجميع ما يحصله من المحصول لنفسه وذكر فى الخيرية فى شأنهم نظما يصرح بكفرهم (قوله لكن فى الفتح الخ) استدراك على قوله أو شفاعة (قوله او بغيره) كزنى أو شرب خمر (قوله لانها المعظم) اى معظم ما يفسق به القاضى نهر (قوله استحق العزل) هذا ظاهر المذهب وعليه مشايخنا البخاريون والسمرقنديون ومعناه أنه يجب على السلطان عزله ذكره فى الفصول وقيل اذا ولى عدلا ثم فسق انعزل لان عدالته مشروطة معنى لان موليه اعتمدها فيزول بزوالها وفيه أنه لا يلزم من اعتبار ولايته لصلاحيته تقييدها به على وجه تزول بزواله فتح ملخصا (قوله وقيل ينعزل وعليه الفتوى) قال فى البحر بعد نقله وهو غريب والمذهب خلافه (قوله ثم صلح) اى بالطاعة أو الاسلام ط (قوله فهو على قضائه) مخالف لما فى البحر عن البزازية اربع خصال اذا حلت بالقاضى انعزل فوات السمع او البصر أو العقل او الدين اهـ لكن قال بعده وفى الواقعات الحسامية الفتوى على انه لا ينعزل بالردة فان الكفر لا ينافى ابتداء القضاء فى احدى الروايتين ثم قال وبه علمت أن ما مر على خلاف المفتى به وفى الولوالجية اذا ارتد أو فسق ثم صلح فهو على حاله لان الارتداد فسق وبنفس الفسق لا ينعزل الا أن ما قضى فى حال الردة باطل اهـ قلت وظاهر ما فى

للسلطان أو لقومه وهو عالم بهما أو بشفاعة جامع الفصولين وفتاوى ابن نجيم (او ارتشى) هو أو أعوانه بعلمه شرنبلالية (وحكم لا ينفذ حكمه) ومنه ما لو جعل لموليه مبلغا فى كل شهر يأخذه منه ويفوض اليه قضاء ناحية فتاوى المصنف لكن فى الفتح من قلد بواسطة الشفعاء كمن قلد احتسابا ومثله فى البزازية بزيادة وان لم يحل الطلب بالشفعاء (ولو) كان (عدلا ففسق بأخذها) أو بغيره وخصها لانها المعظم (استحق العزل) وجوبا وقيل ينعزل وعليه الفتوى ابن الكمال وابن ملك وفى الخلاصة عن النوادر لو فسق أو ارتد أو عمى ثم صلح أو أبصر فهو على قضائه

الولوالجية أن ماقضاه في حال الفسق نافذ وهو الموافق لما مرّ الا أن يراد بالفسق في عبارة الخلاصة الفسق بالرشوة تأمل (قوله واعتمده في البحر) فيه أن الذي اعتمده في البحر هو قوله فصار الحاصل انه اذا فسق لا ينعزل وتنفذ قضاياه الا في مسألة هي ما اذا فسق بالرشوة فانه لا ينفذ في الحادثة التي أخذ بسببها قال وذكر الطرسوسي أن من قال باستحقاقه العزل قال بصحة أحكامه ومن قال بعزله قال ببطلانها اهـ (قوله لكن في أول دعوى الخانية الخ) حيث قال كما في البحر والوالي اذا فسق فهو بمنزلة القاضي يستحق العزل ولا ينعزل اهـ وأنت خبير بأن هذا لا يخالف ما في الفتح فافهم نعم نقل في البحر عن الخانية أيضا من الردة أن السلطان يصير سلطانا بأمرين بالمبايعة معه من الاشراف والاعيان وبأن ينفذ حكمه على رعيته خوفا من قهره فان بويع ولم ينفذ فيهم حكمه لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطانا فاذا صار سلطانا بالمبايعة فجار ان كان له قهر وغلبة لا ينعزل لانه لو انعزل يصير سلطانا بالقهر والغلبة فلا يفيد وان لم يكن له قهر وغلبة ينعزل اهـ فكان المناسب الاستدراك بهذه العبارة الثانية ليفيد حمل ما في الفتح على ما اذا كان له قهر وغلبة (قوله وينبغي أن يكون الخ) ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان القضاء من أهم أمور المسلمين فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر على ما يصيبه من الناس كان أولى وينبغي للسلطان أن يتفحص في ذلك ويولي من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو أولى فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين بحر ومثله في الزيلعي فقوله وينبغي بمعنى يطلب أي المطلوب منه أن تكون صفته هكذا وقوله كان أولى أي أحق وهذا لا يدل على أن ذلك مستحب فان الحديث يدل على اثم السلطان بتوليته غير الاولى فافهم (قوله موثوقا به) أي مؤتمنا من وثقت به أثق بكسرهما ثقة ووثوقا ائتمنته والعفاف الكف عن المحارم وخوارم المروءة والمراد بالوثوق بعقله كونه كامله فلا يولى الاحمق وهو ناقص العقل والصلاح خلاف الفساد وفسر الخصاف الصالح بمن كان مستورا غير مهتوك ولا صاحب ريبة مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الاذى قليل السوء ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه الرجال وليس بقذاف للمحصنات ولا معروفا بالكذب فهذا عندنا من أهل الصلاح اهـ والمراد بعلم السنة ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وتقريرا عند أمر يعاينه وبوجوه الفقه طرقه بحر ملخصا والاثر كما قال البيضاوي لغة البقية واصطلاحا الاحاديث مرفوعة أو موقوفة على المعتمد وان قصره بعض الفقهاء على الثاني (قوله والاجتهاد شرط الاولوية) هو لغة بذل المجهود في تحصيل ذي كلفة وعرفا ذلك من الفقيه في تحصيل حكم شرعي قال في التلويح ومعنى بذل الطاقة أن يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه وشرطه الاسلام والعقل والبلوغ وكونه فقيه النفس أي شديد الفهم بالطبع وعلمه باللغة العربية وكونه حاويا لكتاب الله تعالى فيما يتعلق بالاحكام وعالما بالحديث متنا وسندا وناسخا ومنسوخا وبالقياس وهذه الشرائط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الاحكام وأما المجتهد في حكم دون حكم فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم مثلا كالاجتهاد في حكم متعلق بالصلاة لا يتوقف على معرفة جميع ما يتعلق بالنكاح اهـ ومراد المصنف هنا الاجتهاد بالمعنى الاول نهر (قوله لتعذره) أي لانه متعذر الوجود في كل زمن وفي كل بلد فكان شرط الاولوية بمعنى انه ان وجد فهو الاولى بالتولية فافهم (قوله على انه) متعلق بمحذوف أي قلنا بالتعذر في كل زمن بناء على انه الخ (قوله عند الاكثر) خلافا لما قيل انه لا يخلو عنه زمن وتمام ذلك في كتب الاصول (قوله فصح تولية العامي) الاولى في التفريع أن يقال فصح تولية المقلد لانه مقابل المجتهد ثم ان المقلد يشمل العامي ومن له تأهل في العلم والفهم وعن ابن الغرس الثاني قال وأقله أن يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة وأن يعرف طريق تحصيل الاحكام الشرعية من كتب المذهب وصدور المشايخ وكيفية الايراد والاصدار في الوقائع والدعاوى والحجج ونازعه في النهر ورجح أن المراد الجاهل لتعليلهم بقولهم لان ايصال الحق الى مستحقه يحصل بالعمل بفتوى غيره قال في الحواشي اليعقوبية اذ المحتاج الى فتوى غيره هو من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء اهـ ونحوه في البحر عن العناية وكذا رجحه ابن الكمال قلت وفيه للبحث مجال فان المفتي عند الاصوليين هو المجتهد كما يأتي فيصير المعنى انه لا يشترط في القاضي أن يكون مجتهدا لانه يكفيه العمل باجتهاد غيره ولا يلزم من هذا أن يكون عاميا لكن قد يقال ان الاجتهاد كما تعذر في القاضي تعذر في المفتي الآن فاذا احتاج الى السؤال عمن ينقل الحكم

مطلب
السلطان يصير سلطانا بأمرين

وماقضى في فسقه ونحوه باطل
واعتمده في البحر وفي الفتح اتفقوا
في الامارة والسلطنة على عدم
الانعزال بالفسق لانها مبنية على
القهر والغلبة لكن في أول دعوى
الخانية الوالي كالقاضي فليحفظ
(وينبغي أن يكون موثوقا به في
٢ عفافه وعقله وصلاحه وفهمه
وعلمه بالسنة والآثار ووجوه
الفقه والاجتهاد شرط الاولوية)
لتعذره على انه يجوز خلو الزمن
عنه عند الاكثر نهر فصح تولية
٣ العامي ابن كمال ويحكم بفتوى
غيره

٢ مطلب
في تفسير الصلاح والصالح

٣ مطلب
في الاجتهاد وشروطه

من الكتب يلزم أن يكون غير قادر على ذلك تأمل (قوله المفتي يفتي بالديانة) مثلا اذا قال رجل قلت لزوجتي انت طالق قاصدا بذلك الاخبار كاذبا فان المفتي يفتيه بعدم الوقوع والقاضي يحكم عليه بالوقوع لانه يحكم بالظاهر فاذا كان القاضي يحكم بالفتوى يلزم بطلان حكمه في مثل ذلك فدل على انه لا يمكنه القضاء بالفتوى في كل حادثة وفيه نظر فان القاضي اذا سأل المفتي عن هذه الحادثة لا يفتيه بعدم الوقوع لانه انما سأله عما يحكم به فلا بد أن يبين له حكم القضاء فعلم أن ما في البزازية لا ينافي قولهم يحكم بفتوى غيره (قوله في الدماء والفروج) أي وفي الاموال لكن خصهما بالذكر لانه لا يمكن فيهما الاستباحة بوجه بخلاف المال ولقصد التهويل فان الحاكم الذي تجري أحكامه في ذلك لا بد أن يكون عالما ديّنا (قوله كالكبريت الاحمر) معدن عزيز الوجود والجار والمجرور متعلق بمحذوف على انه حال أو خبر لمبتدا محذوف (قوله وأين العلم) عبارة البزازية وأين الدين والعلم (قوله بل هو نقل كلام) وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين اما أن يكون له سند فيه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر المشهور هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها الى محمد ولا الى أبي يوسف لانها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فتح وأقره في البحر والنهر والمنح قلت يلزم على هذا أن لا يجوز الآن النقل من أكثر الكتب المطولة من الشروح أو الفتاوى المشهورة أسماؤها لكنها لم تتداولها الايدي حتى صارت بمنزلة الخبر المتواتر المشهور لكونها لا توجد الا في بعض المدارس أو عند بعض الناس كالمبسوط والمحيط والبدائع وفيه نظر بل الظاهر أنه لا يلزم التواتر بل يكفي غلبة الظن بكون ذلك الكتاب هو المسمى بذلك الاسم بأن وجد العلماء ينقلون عنه ورأى ما نقلوه عنه موجودا فيه أو وجد منه أكثر من نسخة فانه يغلب على الظن انه هو ويدل على ذلك قوله اما أن يكون له سند فيه أي فيما ينقله والسند لا يلزم تواتره ولا شهرته وأيضا قدمنا أن القاضي اذا أشكل عليه أمر يكتب فيه الى فقهاء مصر آخر وأن المشاورة بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية ولا شك أن احتمال التزوير في هذا الكتاب اليسير أكثر من احتماله في شرح كبير بخط قديم ولا سيما اذا رأى عليه خط بعض العلماء فيتعين الاكتفاء بغلبة الظن لئلا يلزم هجر معظم كتب الشريعة من فقه وغيره لا سيما في مثل زماننا والله سبحانه أعلم (قوله ولا يطلب القضاء) لما أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه ينزل اليه ملك يسدده وأخرج البخاري قال صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان أوتيتها عن مسألة وكلت اليها وان أوتيتها من غير مسألة أعنت عليها واذا كان كذلك وجب أن لا يحل له لانه معلوم وقوع الفساد منه لانه مخذول فتح ملخصا (قوله بقلبه) أراد بهذا أن يفرق بين الطلب والسؤال فالاول للقلب والثاني للسان كما في المستصفى وتمامه في النهر (قوله في الخلاصة الخ) أفاد أنه كما لا يحل الطلب لا تحل التولية كما في النهر وأن ذلك لا يختص بالقضاء بل كل ولاية ولو خاصة كولاية على وقف أو يتيم فهي كذلك كما في البحر (قوله الا اذا تعين عليه القضاء الخ) استثناء مما في المتن ومما في الخلاصة أما اذا تعين بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين ولم أر حكم ما اذا تعين ولم يول الا بمال هل يحل بذله وكذا لم أر جواز عزله وينبغي أن يحل بذله للمال كما حل طلبه وأن يحرم عزله حيث تعين وأن لا يصح بحر قال في النهر هذا ظاهر في صحة توليته واطلاق المصنف يعني قوله ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا يرده وأما عدم صحة عزله فممنوع قال في الفتح للسلطان أن يعزل القاضي بريبة وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل اهـ نعم لو قيل لا يحل عزله في هذه الحالة لم يبعد كالوصي العدل اهـ قلت وأيضا حيث تعين عليه يخرج عن عهدة الوجوب بالسؤال فاذا منعه السلطان اثم بالمنع لانه اذا منع الاولى وولى غيره يكون قد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين كما مر في الحديث واذا منعه لم يبق واجبا عليه فبأي وجه يحل له دفع الرشوة وقد قال بعض علمائنا ان فرضية الحج تسقط بدفع الرشوة الى الاعراب كما قدمناه في بابه فهذا أولى كما لا يخفى وأما صحة عزله فظاهرة لانه وكيل عن السلطان واثمه بعزله لا يلزم منه عدم صحة العزل

كالوصي

مطلب
طريق النقل عن المجتهد

لكن في أيمان البزازية المفتي يفتي بالديانة والقاضي يقضي بالظاهر ودل على أن الجاهل لا يمكنه القضاء بالفتوى أيضا فلا بد من كون الحاكم في الدماء والفروج عالما دينا كالكبريت الاحمر وأين الكبريت الاحمر وأين العلم (ومثله) فيما ذكر (المفتي) وهو عند الاصوليين المجتهد أما من يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت وفتواه ليس بفتوى بل هو نقل كلام كما بسطه ابن الهمام (ولا يطلب القضاء) بقلبه (ولا يسأله بلسانه) في الخلاصة طالب الولاية لا يولى الا اذا تعين عليه القضاء

كالوصى العدل المنصوب من جهة القاضى وأمّا المنصوب من جهة الميت فالمعتمد عدم صحة عزله لكن الفرق بينه وبين ما نحن فيه أنّ الوصى خليفة الميت فليس للقاضى عزله وأمّا القاضى فهو خليفة عن السلطان وولايته مستفادة منه فله عزله كوصى القاضى هذا ما ظهر لى (قوله أو كانت التولية مشروطة له) ذكره فى النهر بحثا معللا بأنه حينئذ يطلب تنفيذ شرط الواقف اه قلت وهذا فى الحقيقة ليس طالبا من القاضى أن يوليه لانه متول بالشرط بل يريد اثبات ذلك فى وجه من يعارضه ومثله وصى الميت اذا أراد اثبات وصايته وبهذا اسقط قوله فى البحران ظاهر كلامهم انه لا تطلب التولية على الوقف ولو كانت بشرط الواقف له لاطلاقهم اه (قوله أو ادعى الخ) أى فان له طلب العود من القاضى الجديد وحين ذلك يقول له القاضى أثبت انك أهل للولاية ثم يوليه نص عليه الخصاف نهر (قوله لخامل الذكر) هو بالخاء المعجمة غير المشهور (قوله ويختار المقلد) بصيغة اسم الفاعل وقدمنا قبيل قوله وشرط أهليتها عن الفتح من له ولاية التقليد والظاهر أنّ هذا الاختيار واجب لئلا يكون خائنا لله ورسوله وعامّة المؤمنين كما مرّ فى الحديث (قوله ولا يكون فظا الخ) الفظ هو الجافى سيئ الخلق والغليظ قاسى القلب والجبار من جبره على الامر بمعنى أجبره أى لا يجبر غيره على ما لا يريد والعنيد المعاند المجانب للحق المعادى لاهله بحر عن مسكين (قوله لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم) أى فى امضاء الاحكام الشرعية (قوله أى أخذ القضاء) هذا يناسب كون العبارة التقلد قال فى البحر وهما نسختان أى فى الكنز التقليد أى النصب من السلطان والتقلد أى قبول تقليد القضاء وهى الاولى اه وهى التى شرح عليها المصنف وقال أيضا انها أولى قلت ويمكن ارجاع الاولى الى الثانية بتقدير مضاف أى قبول التقليد وهو معنى قول الشارح أى أخذ القضاء (قوله لمن خاف الحيف) فلو كان غالب ظنه انه يجور فى الحكم ينبغى أن يكون حراما بحر (قوله أو العجز) يحتمل أن يراد به العجز عن سماع دعاوى كل الخصوم بأن قدر على البعض فقط وأن يراد العجز عن القيام بواجباته من اظهار الحق وعدم أخذه الرشوة فعلى الاول هو مباين وعلى الثانى أعمّ تأمّل (قوله ابن كمال) أى نقلا عن القدورى (قوله وان تعين له) أى مع خوف الحيف قال فى الفتح ومحل الكراهة ما اذا لم يتعين عليه فان انحصر صار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه الا اذا كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك اه وهذا صريح فى أنّ للسلطان أن يقضى بين الخصمين وقدمنا التصريح به عن ابن الغرس عند قوله وحاكم قال الرملى وفى الخلاصة وفى النوازل انه لا ينفذ وفى أدب القاضى للخصاف ينفذ وهو الاصح وقال القاضى الامام ينفذ وهذا أصح وبه يفتى اه (تنبيه) لو تعين عليه هل يجبر على القبول لو امتنع قال فى البحر لم أره والظاهر نعم وكذا جواز جبر واحد من المتأهلين اه لكن صرّح فى الاختيار بأن من تعين له يفترض عليه ولو امتنع لا يجبر عليه (قوله والتقلد) أى الدخول فيه عند الامن وعدم التعين (قوله والترك عزيمة الخ) هو الصحيح كما فى النهر عن النهاية وبه جزم فى الفتح معللا بأنّ الغالب خطأ ظنّ من ظنّ من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه وقيل انّ الدخول فيه عزيمة والامتناع رخصة فالاولى الدخول فيه قال فى الكفاية فان قيل اذا كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبا لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما فى صلاة الجنازة ونحوها قلنا نعم كذلك الا أن فيه خطرا عظيما وأمرا مخوفا لا يسلم فى بحره كل سابح ولا ينجو منه كل طامح الا من عصمه الله تعالى وهو عزيز وجوده ألا ترى أنّ أبا حنيفة دعى الى القضاء ثلاث مرّات فأبى حتى ضرب فى كل مرّة ثلاثين سوطا فلما كان فى المرّة الثالثة قال حتى استشير أصحابى فاستشار أبا يوسف فقال لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه أبو حنيفة رحمه الله نظر المغضب وقال أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه وكأنى بك قاضيا وكذا دعى محمد رحمه الله الى القضاء فأبى حتى قيد وحبس واضطر فتقلد اه (قوله ويحرم على غير الاهل) الظاهر أنه ليس المراد بالاهل هنا ما مرّ فى قوله وأهله أهل الشهادة لانّ المراد به من تصح توليته ولو فاسقا أو جائرا او جاهلا مع قطع النظر عن حله أو حرمته بل المراد به هنا ما مرّ فى قوله وينبغى أن يكون موثوقا به فى عفافه وعقله الخ ويحتمل أن يراد به الجاهل تأمّل وفى الفتح وأخرج أبو داود عن بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان فى النار وواحد فى الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو فى الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار فى الحكم فهو فى النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو فى النار (قوله ويجوز تقلد القضاء من

أو كانت التولية مشروطة له أو ادّعى أنّ العزل من القاضى الاوّل بغير جنحة نهر قال واستحب الشافعية والمالكية طلب القضاء لخامل الذكر لنشر العلم (ويختار) المقلد (الاقدر والاولى به ولا يكون فظا غليظا جبارا عنيدا) لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى اطلاق اسم خليفة الله خلاف تتارخانية (وكره) تحريما (التقلد) أى أخذ القضاء (لمن خاف الحيف) أى الظلم (أو العجز) يكفى أحدهما فى الكراهة ابن كمال (وان تعين له أو أمنه لا) يكره فتح ثم ان انحصر فرض عينا والا كفاية بحر (والتقلد رخصة) أى مباح (والترك عزيمة عند العامّة) بزازية فالاولى عدمه (ويحرم على ٢ غير الاهل الدخول فيه قطعا) من غير تردد فى الحرمة ففيه الاحكام الخمسة (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر)

٢ مطلب ـــــــــ ٣ للسلطان أن يقضى بين الخصمين

٣ مطلب ـــــــــ ٤ ما كان فرض كفاية يكون ادنى فعله الندب

٤ مطلب ـــــــــ ابو حنيفة دعى الى القضاء ثلاث مرّات فأبى

السلطان العادل والجائر) أي الظالم وهذا ظاهر في اختصاص تولية القضاء بالسلطان ونحوه كالخليفة حتى
لو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح بخلاف ما لو ولوا سلطانا بعد موت سلطانهم كما في البزازية نهر
وتمامه فيه قلت وهذا حيث لا ضرورة والا فلهم تولية القاضي أيضا كما يأتي بعده (قوله ولو كافرا) في

مطلب في حكم تولية القضاء في بلاد تغلب عليها الكفار

ولو كافرا ذكره مسكين وغيره الا اذا كان يمنعه عن القضاء بالحق فيحرم ولو فقد وال لغلبة كفار وجب على المسلمين تعيين وال وامام للجمعة فتح (ومن) سلطان الخوارج و(أهل البغي) واذا صحت التولية صح العزل واذا رفع قضاء الباغي الى قاضي العدل نفذه وقيل لا وبه جزم الناصحي (فاذا تقلد طلب ديوان قاض قبله) يعني السجلات

التتارخانية الاسلام ليس بشرط فيه أي في السلطان الذي يقلد وبلاد الاسلام التي في أيدي الكفرة لا شك أنها
بلاد الاسلام لا بلاد الحرب لانهم لم يظهروا فيها حكم الكفر والقضاة مسلمون والملوك الذين يطيعونهم عن
ضرورة مسلمون ولو كانت عن غير ضرورة منهم ففساق وكل مصر فيه وال من جهتهم تجوز فيه اقامة الجمع
والاعياد وأخذ الخراج وتقليد القضاة وتزويج الايامى لاستيلاء المسلم عليه وأما طاعة الكفر فذاك مخادعة
وأما بلاد عليها ولاة كفار فيجوز للمسلمين اقامة الجمع والاعياد ويصير القاضي قاضيا بتراضي المسلمين فيجب عليهم
أن يلتمسوا واليا مسلما منهم اهـ وعزاه مسكين في شرحه الى الاصل ونحوه في جامع الفصولين وفي الفتح واذا
لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على
المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا ويكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا اماما
يصلي بهم الجمعة اهـ وهذا هو الذي تطمئن النفس اليه فليعتمد نهر والاشارة بقوله وهذا الى ما أفاده كلام
الفتح من عدم صحة تقلد القضاء من كافر على خلاف ما مر عن التتارخانية ولكن اذا ولى الكافر عليهم قاضيا
ورضيه المسلمون صحت توليته بلا شبهة تأمل ثم ان الظاهر أن البلاد التي ليست تحت حكم سلطان بل لهم أمير
منهم مستقل بالحكم عليهم بالتغلب أو باتفاقهم عليه يكون ذلك الامير في حكم السلطان فيصح منه تولية
القاضي عليهم (قوله ومن سلطان الخوارج وأهل البغي) تقدم الفرق بينهما في باب البغاة (قوله صح
العزل) فاذا ولى سلطان البغاة باغيا وعزل العدل ثم ظهرنا عليهم احتاج قاضي أهل العدل الى تجديد
التولية نهر (قوله نفذه) أي حيث كان موافقا أو مختلفا فيه كما في سائر القضاة وهو مصرح به في فصول
العمادي ويدل بمفهومه على أن القاضي لو كان من البغاة فان قضاياه تنفذ كسائر فساق أهل العدل لان
الفاسق يصلح قاضيا في الاصح وذكر في الفصول ثلاثة أقوال فيه الاول ما ذكرناه وهو المعتمد الثاني عدم
النفاذ فاذا رفع الى العادل لا يمضيه الثالث حكمه حكم المحكم يمضيه لو وافق رأيه والا أبطله اهـ بحر
(قوله وبه جزم الناصحي) لكن قد علمت ما هو المعتمد (قوله فاذا تقلد طلب ديوان قاض قبله) في
القاموس الديوان ويفتح مجتمع الصحف والكتاب يكتب فيه أهل الجيش وأهل العطية وأول من وضعه عمر
رضي الله تعالى عنه جمعه دواوين ودياوين اهـ فقوله مجتمع الصحف بمعنى قول الكنز وهو الخرائط التي فيها
السجلات والمحاضر وغيرها والخرائط جمع خريطة شبه الكيس وقول الشارح يعني السجلات تفسير بالمعنى
الثاني وقول البحر تبعا لمسكين ان ما في الكنز مجاز لان الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس فيه نظر
فافهم والسجل لغة كتاب القاضي والمحاضر جمع محضر وفي الدرر المحضر ما كتب فيه ما جرى بين الخصمين
من اقرار أو انكار والحكم ببينة أو نكول على وجه يرفع الاشتباه وكذا السجل والصك ما كتب فيه
البيع والرهن والاقرار وغيرها والحجة والوثيقة يتناولان الثلاثة اهـ والعرف الآن ما كتب في الواقعة
وبقي عند القاضي وليس عليه خطه والحجة ما عليه علامة القاضي أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطي للخصم
بحر ملخصا وانما يطلبه لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء وما في يد
الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال في وجوب تسليمها
الى الجديد وكذا لو من مال الخصوم أو من مال القاضي في الصحيح لانهم وضعوها في يد القاضي لعمله وكذا
القاضي يعمل على انه عمل ذلك تدينا لا تمولا وتمامه في الزيلعي (تنبيه) مفاد قول الزيلعي ليكون
حجة عند الحاجة ومثله في الفتح انه يجوز للجديد الاعتماد على سجل المعزول مع انه يأتي انه لا يعمل بقول
المعزول وفي الاشباه لا يعتمد على الخط ولا يعمل بمكتوب الوقف الذي عليه خطوط القضاة الماضين لكن

مطلب في العمل بالسجلات وكتب الاوقاف القديمة

قال البيري المراد من قوله لا يعتمد أي لا يقضي القاضي بذلك عند المنازعة لان الخط مما يزور ويفتعل كما في
مختصر الظهيرية وليس منه ما في الاجناس بنص وما وجده القاضي بأيدي القضاة الذين كانوا قبله لها
رسوم في دواوين القضاة أجريت على الرسوم الموجودة في دواوينهم وان كان الشهود الذين شهدوا عليها قد

ماتوا

ماتوا قال الشيخ ابو العباس يجوز الرجوع فى الحكم الى دواوين من كان قبله من الامناء اه اى لانّ سجلّ القاضى لا يزوّر عادة حيث كان محفوظا عند الامناء بخلاف ما كان بيد الخصم وقدّمنا فى الوقف عن الخيرية انه ان كان للوقف كتاب فى سجلّ القضاة وهو فى أيديهم اتبع ما فيه استحسانا اذا تنازع اهله فيه وصرّح أيضا فى الاسعاف وغيره بأن العمل بما فى دواوين القضاة استحسان والظاهر أن وجه الاستحسان ضرورة احياء الاوقاف ونحوها عند تقادم الزمان بخلاف السجلّ الجديد لامكان الوقوف على حقيقة ما فيه باقرار الخصم او البينة فلذا لا يعتمد عليه وعلى هذا فقول الزيلعى لكون حجة عند الحاجة معناه عند تقادم الزمان وبهذا يتأيد ما قاله المحقق هبة الله البعلى فى شرحه على الاشباه بعد مامرّ عن البيرى من أن هذا صريح فى جواز العمل بالخط وان مات شهودها حيث كان مضمونها ثابتا فى السجلّ المحفوظ اه لكن لابدّ من تقييده بتقادم العهد كما قلنا توفيقا بين كلامهم ويأتى تمام الكلام على الخط فى باب كتاب القاضى وانظر ما كتبناه فى دعوى تنقيح الفتاوى الحامدية (قوله وتطرف حال المحبوسين الخ) بأن يبعث الى السجن من يعدّهم بأسمائهم ثم يسأل عن سبب حبسهم ولا بدّ أن يثبت عنده سبب وجوب حبسهم وثبوته عند الاول ليس بحجة يعتمدها الثانى فى حبسهم لان قوله لم يبق حجة كذا فى الفتح نهر (قوله والا أطلقه) اى ان لم يكن له قضية وعبارة النهر عن كتاب الخراج لابى يوسف فمن كان منهم من أهل الدعارة والتلصص والجنايات ولزمه أدب أدّبه ومن لم يكن له قضية خلى سبيله (قوله أو قامت عليه بينة) أعمّ من أن تشهد بأصل الحق أو بحكم القاضى عليه بحر (قوله ألزمه الحبس) اى أدام حبسه بحر (قوله وقبل الحق) قائله فى الفتح حيث قال من اعترف بحق ألزمه اياه وردّه الى السجن واعترضه فى البحر بأنه لو اعترف بأنه أقرّ عند المعزول بالزنى لا يعتبر لانه بطل بل يستقبل الامر فان أقرّ أربعا فى أربعة مجالس حدّه اه وفيه أن المتبادر من الحق حق العبد (قوله والا) أى وان لم يقرّ بشئ ولم تقم عليه بينة بل ادّعى أنه حبس ظلما نهر (قوله نادى عليه) ويقول المنادى من كان يطالب فلان بن فلان الفلانى بحق فليحضر زيلعى (قوله فان أبى) عن اعطاء الكفيل وقال لا كفيل لى بحر (قوله نادى عليه شهرا) اى يستأنفه بعد مدّة المناداة الاولى (قوله فى الودائع) اى ودائع اليتامى نهر (قوله ببينة) اى يقيمها الوصى مثلا على من هى تحت يده انها لليتيم فلان أو ناظر الوقف أن هذه الغلة لوقف فلان وكأنه مبنى على عرفهم من أن الكل تحت يد أمين القاضى وفى زماننا أموال الاوقاف تحت يد نظارها وودائع اليتامى تحت يد الاوصياء ولو فرض أن المعزول وضع ذلك تحت يد أمين عمل القاضى بما ذكر نهر (قوله المولى) بتشديد اللام المفتوحة اى القاضى الجديد (قوله درر) ومثله فى الهداية وغيرها (قوله ومفاده) اى مفاد قوله خصوصا بفعل نفسه وأصل البحث لصاحب البحر وقد رأيته صريحا فى كافى الحاكم ونصه واذا عزل عن القضاء ثم قال كنت قضيت لهذا على هذا بكذا وكذا لم يقبل قوله فيه وان شهد مع آخر لم تقبل شهادته حتى يشهد شاهدان سواه اه ومثله فى القهستانى عن المبسوط (قوله وتبعه ابن نجيم) اى فى فتاواه وأما ما ذكره فى بحره فقد علمت موافقته لما فى النهر وعبارة فتاواه التى رتبها له تلميذه المصنف هكذا سئل عن الحاكم اذا أخبر حاكما آخر بقضية هل يكتفى باخباره ويسوغ له الحكم بذلك أم لابدّ من شاهد آخر معه أجاب لا يكتفى باخباره ولا بدّ من شاهد آخر معه قال المرتب لهذه الفتاوى قد تبع شيخنا فى ذلك ما أفتى به الشيخ سراج الدين قارئ الهداية ولا شك أن هذا قول محمد وأن الشيخين قالا بقبول اخباره عن اقراره بشئ مطلقا اذا كان لا يصح رجوعه عنه ووافقهما محمد ثم رجع عنه وقال لا يقبل الا بضم رجل آخر عدل اليه وهو المراد بقول من روى عنه انه لا يقبل مطلقا ثم صح رجوعه الى قولهما كما فى البحر ثم قال وأما اذا أخبر القاضى باقراره عن شئ يصح رجوعه كالحدّ لم يقبل قوله بالاجماع وان أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة وعدّلوا وقبلت شهادتهم على ذلك يقبل فى الوجهين جميعا انتهى كلامه انتهى ما فى الفتاوى أقول وحاصله أن القاضى لو أخبر عن اقرار رجل بما لا يصح رجوعه عنه كبيع أو قرض مثلا يقبل عندهما مطلقا ووافقهما محمد أولا ثم رجع وقال لا يقبل ما لم يشهد معه آخر ثم صح رجوعه الى قولهما بالقبول مطلقا كما لو أخبر عن حكمه بثبوت حق بالبينة فعلى هذا لم يبق خلاف فى قبول قول القاضى ولا يخفى أن كلامنا فى المعزول وهذا فى المولى كما يعلم من شرح أدب القضاء وكذا مما سيأتى قبيل كتاب الشهادات عند

(وتطرف حال المحبوسين) فى سجن القاضى وأما المحبوسون فى سجن الوالى فعلى الامام النظر فى أحوالهم فمن لزمه أدب أدّبه والا أطلقه ولا يبيت أحدا فى قيد الا رجلا مطلوبا بدم ونفقة من ليس له مال فى بيت المال بحر (فمن أقرّ) منهم (بحق أو قامت عليه بينة ألزمه) الحبس ذكره مسكين وقيل الحق (والا نادى عليه) بقدر ما يرى ثم أطلقه بكفيل بنفسه فان أبى نادى عليه شهرا ثم أطلقه (وعمل فى الودائع وغلات الوقف بينة أو اقرار) ذى اليد (ولم يعمل المولى (بقول المعزول) لالتحاقه بالرعايا وشهادة الفرد لا تقبل خصوصا بفعل نفسه درر ومفاده ردّها ولو مع آخر نهر قلت لكن أفتى قارئ الهداية بقبولها وتبعه ابن نجيم فتنبه

قوله ولو قال قاض عدل قضيت على هذا بالرجم الخ وبه يشعر أصل السؤال حيث عبر بالحاكم وعبارة بحاري الهداية كذلك وبه علم أن الاستدراك على ما في النهر في غير محله (قوله فيقبل قوله) اى قول المعزول ويشمل ثلاث صور ما اذا قال ذو اليد بعد اقراره بتسليم القاضي المعزول اليه انها لزيد الذى أقر له المعزول أو قال انها لغيره او قال لا أدرى لانه في هذه الثلاث ثبت باقراره أنه مودع المعزول ويد المودع كيده فصار كانه في يد المعزول فيقبل اقراره به كما في الزيلعي بخلاف ما اذا أنكر ذو اليد التسليم فانه لا يقبل قول المعزول كما في البحر (قوله فيسلم للمقر له الاول) لانه لما بدأ بالاقرار صح اقراره ولزم لانه أقر بما هو في يده فلما قال دفعه الى القاضي فقد أقر أن اليد كانت للقاضي والقاضي يقر به لآخر فيصير هو باقراره متلفا ذلك على من أقر له القاضي فتح ثم قال فرع يناسب هذا لو شهد شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا او قال القاضي لم أقض بشئ لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي وعند محمد تقبل وينفذ ذلك اه وقدمنا عن البحر أنه في جامع الفصولين رجح قول محمد لفساد الزمان (قوله ويقضى في المسجد) وبه قال أحمد ومالك في الصحيح عنه خلافا للشافعي له أن القضاء يحضره المشرك وهو نجس بالنص وقد أطال في الفتح في الاستدلال للمذهب ثم قال وأما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه والحائض يخرج اليها او يرسل نائبه كما لو كانت الدعوى في دابة وتمام الفروع فيه وفي البحر (قوله ويستدبر) اى ندبا كما في الذى قبله ط (قوله واجرة المحضر الخ) بضم أوله وكسر ثالثه هو من يحضر الخصم وعبارة البحر هكذا وفي البزازية ويستعين بأعوان الوالى على الاحضار واجرة الاشخاص في بيت المال وقيل على المتمرد في المصر من نصف درهم الى درهم وفي خارجه لكل فرسخ ثلاثة دراهم أو أربعة واجرة الموكل على المدعى وهو الاصح وفي الذخيرة أنه المشخص وهو المأمور بملازمة المدعى عليه اه والاشخاص بالكسر بمعنى الاحضار فقد فرق بين المحضر وبين الملازم وهذا غير ما نقله الشارح فتأمل وفي منية المفتى مؤنة المشخص قيل في بيت المال وفي الاصح على المتمرد اه وهذا ما في الخانية والحاصل أن الصحيح أن اجرة المشخص بمعنى الملازم على المدعى وبمعنى الرسول المحضر على المدعى عليه لو تمرد بمعنى امتنع عن الحضور والا فعلى المدعى هذا خلاصة ما في شرح الوهبانية (قوله أو في داره) لان العبادة لا تتقيد بمكان والاولى أن تكون الدار في وسط البلد كالمسجد نهر (قوله ويرد هدية) الاصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا الى قال عليه الصلاة والسلام هلا جلس في بيت أبيه أو بيت امه فينظر أيهدى له ام لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر أبا هريرة فقدم بمال فقال له من أين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر أى عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى لك ام لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التى سببها الولاية فتح قال في البحر وذكر الهدية ليس احترازيا اذ يحرم عليه الاستقراض والاستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما في الخانية اه قلت ومقتضاه أنه يحرم عليه سائر التبرعات فتحرم المحاباة أيضا ولذا قالوا له أخذ اجرة كتابة الصك بقدر أجر المثل فان مفاده أنه لا يحل له أخذ الزيادة لانها محاباة وعلى هذا انما يفعله بعضهم من شراء الهدية بشئ يسير أو بيع الصك بشئ كثير لا يحل وكذا ما يفعله بعضهم حين أخذ المحصول من أنه يبيع به الدافع دواة او سكينا او نحو ذلك لا يحل لانه اذا حرم الاستقراض والاستعارة فهذا اولى (قوله وهى الخ) عزاه في الفتح الى شرح الاقطع (قوله وضعها في بيت المال) اى الى أن يحضر صاحبها فتدفع له بمنزلة اللقطة كما في الفتح (قوله وفيها الخ) اى في التتارخانية وهذا مخالف لما ذكره أولا فيها في حق الامام ويؤيد الاول ما مر عن الفتح من أن تعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التى سببها الولاية وكذا قوله وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي اه واعترضه في البحر بما ذكره الشارح عن التتارخانية وبما في الخانية من انه يجوز للامام والمفتى قبول الهدية واجابة الدعوة الخاصة ثم قال الا أن يراد بالامام امام الجامع اى وأما الامام بمعنى الوالى فلا تحل له الهدية فلا منافاة وهذا هو المناسب للادلة ولانه رأس العمال قال في النهر والظاهر أن المراد بالعمل ولاية ناشئة عن الامام أو نائبه كالساعي والعاشر اه قلت ومثلهم مشايخ القرى والحرف وغيرهم ممن

(الا أن يقر ذو اليد أنه) اى المعزول (سلمها) اى الودائع والغلات (اليه فيقبل قوله فيهما) انها لزيد الا اذا بدأ ذو اليد بالاقرار للغير ثم أقر بتسليم القاضي اليه فأقر القاضي بأنها لآخر فيسلم للمقر له الاول ويضمن المقر قيمته أو مثله للقاضي باقراره الثاني بسلمه لمن أقر له القاضي (ويقضى في المسجد) ويختار مسجدا في وسط البلد تيسيرا للناس ويستدبر القبلة كخطيب ومدرس خانية ٢ واجرة المحضر على المدعى هو الاصح بحر عن البزازية وفي الخانية على المتمرد وهو الصحيح (وكذا السلطان) والمفتى والفقيه (أو في داره) ويأذن عموما (ويرد هدية) التنكير للتقليل ابن كمال وهى ما يعطى ٣ بلا شرط اعانة بخلاف الرشوة ابن ملك ولو تأذى المهدى بالرد يعطيه مثل قيمتها خلاصة ولو تعذر الرد لعدم معرفته أو بعد مكانه وضعها في بيت المال ومن خصوصياته عليه الصلاة والسلام أن هدايا له تتارخانية ومفاده أنه ليس للامام قبول الهدية والا لم تكن خصوصية وفيها يجوز للامام والمفتى والواعظ قبول الهدية لانه انما يهدى الى العالم لعلمه بخلاف القاضي

٢ مطلب في اجرة المحضر

٣ مطلب في هدية القاضي

لهم قهر وتسلط على من دونهم فانه يهدى اليهم خوفا من شرهم أو ليروج عندهم وظاهر قوله ناشئة عن الامام الخ دخول المفتى اذا كان منصوبا من طرف الامام أو نائبه لكنه مخالف لاطلاقهم جواز قبول الهدية له والالزم كون امام الجامع والمدرس المنصوبين من طرف الامام كذلك الا أن يفرق بأن المفتى يطلب منه المهدى المساعدة على دعواه ونصره على خصمه فيكون بمنزلة القاضى لكن يلزم من هذا الفرق أن المفتى لو لم يكن منصوبا من الامام يكون كذلك فيخالف ما صرحوا به من جوازها للمفتى فان الفرق بينه وبين القاضى واضح فان القاضى ملزم وخليفة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تنفيذ الاحكام فأخذه الهدية يكون رشوة على الحكم الذى يؤمله المهدى ويلزم منه بطلان حكمه والمفتى ليس كذلك وقد يقال ان مرادهم بجوازها للمفتى اذا كانت لعلمه لا لاعانته للمهدى بدليل التعليل الذى نقله الشارح فاذا كانت لاعانته صدق عليها حد الرشوة لكن المذكور فى حدها شرط الاعانة وقدمنا عن الفتح عن الاقضية انه لو أهداه ليعينه عند السلطان بلا شرط لكن يعلم يقينا انه انما يهدى ليعينه مشايخنا على انه لا بأس به الخ وهذا يشمل ما اذا كان من العمال أو غيرهم وعن هذا قال فى جامع الفصولين القاضى لا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضيا لا يهدى اليه ويكون ذلك بمنزلة الشرط ثم قال أقول يخالفه ما ذكر فى الاقضية الخ قلت والظاهر عدم المخالفة لان القاضى منصوص على انه لا يقبل الهدية على التفصيل الآتى فما فى الاقضية مفروض فى غيره فيحتمل أن يكون المفتى مثله فى ذلك ويحتمل أن لا يكون والله سبحانه أعلم بحقيقة الحال ولا شك أن عدم القبول هو المقبول ورأيت فى حاشية شرح المنهج للعلامة محمد الداودى الشافعى ما نصه قال ع ش ومن العمال مشايخ الاسواق والبلدان ومباشر والاوقاف وكل من يتعاطى أمرا يتعلق بالمسلمين انتهى قال م ر فى شرحه ولا يلحق بالقاضى فيما ذكر المفتى والواعظ ومعلم القرآن والعلم لانهم ليس لهم أهلية الالزام والاولى فى حقهم ان كانت الهدية لاجل ما يحصل منهم من الافتاء والوعظ والتعليم عدم القبول ليكون علمهم خالصا لله تعالى وان اهدى اليهم تحببا وتوددا لعلمهم وصلاحهم فالاولى القبول وأما اذا أخذ المفتى الهدية ليرخص فى الفتوى فان كان بوجه باطل فهو رجل فاجر يبدل أحكام الله تعالى ويشترى بها ثمنا قليلا وان كان بوجه صحيح فهو مكروه كراهة شديدة انتهى هذا كلامه وقواعدنا لا تأباه ولا حول ولا قوة الا بالله وأما اذا أخذ لا ليرخص له بل لبيان الحكم الشرعى فهذا ما ذكره أولا وهذا اذا لم يكن بطريق الاجرة بل مجرد هدية لان أخذ الاجرة على بيان الحكم الشرعى لا يحل عندنا وانما يحل على الكتابة لانها غير واجبة عليه والله سبحانه أعلم (قوله السلطان والباشا) عزاه فى الاشباه الى تهذيب القلانسى قال الحموى وفيه قصور اذ لا يشمل القاضى الذى يتولى منه وهو قاضى العسكر لقضاة الاقطار وعبارة القلانسى ولا يقبل الهدية الا من ذى رحم محرم أو وال يتولى الامر منه أو وال مقدم الولاية على القضاة ومعناه انه يقبل الهدية من الوالى الذى تولى القضاء منه وكذا من وال مقدم عليه فى الرتبة فانه يشمل القاضى الذى تولى منه والباشا ووجهه أن منع قبولها انما هو للخوف من مراعاته لاجلها وهو ان راعى الملك ونائبه لم يراعه لاجلها (قوله المحرم) هذا القيد لابد منه ليخرج ابن العم نهر (قوله أو من جرت عادته بذلك) قال فى الاشباه ولم أر بماذا تثبت العادة ونقل الحموى عن بعضهم انها تثبت بمرة ثم ان ظاهر العطف أن قبولها من القريب غير مقيد بجرى العادة منه وهو ظاهر اطلاق القدورى والهداية وفى النهاية عن شيخ الاسلام انه قيد فيه أيضا وتمامه فى النهر (قوله بقدر عادته) فلو زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام الا أن يكون مال المهدى قد زاد فبقدر ما زاد ماله اذا زاد فى الهدية لا بأس بقبولها فتح قال فى الاشباه وظاهر كلامه انه زاد فى القدر فلو فى المعنى كأن كانت عادته اهداء ثوب كتان فأهدى ثوبا حريرا لم أره لاصحابنا وينبغى وجوب رد الكل لا بقدر ما زاد فى قيمته لعدم تميزها وتطرقه فى حواشى الاشباه (تنبيه) فى الفتح ويجب أن تكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضى ان كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة اه قال فى البحر وهو سهو والمنقول كما قدمناه آخر الحوالة أنه يحل حيث لم يكن مشروطا مطلقا اه وأجاب المقدسى بأن كلام المحقق فى الفتح مبنى على مقتضى الدليل (قوله ولا خصومة لهما) فان قبلها بعد انقطاع الخصومة جاز ابن ملك وذكره فى النهر بحثا وفى ط عن الحموى الا أن يكون ممن لا تتناهى خصوماته كنظار

مطلب في حكم الهدية للمفتى

(الامين) أو مع السلطان والباشا اشباه وبحر و (قريبه) المحرم (أو من جرت عادته بذلك) بقدر عادته ولا خصومة لهما درر

الاوقاف ومباشريها اه قال في البحر والحاصل أن من له خصومة لا يقبلها مطلقا ومن لا خصومة له فان كان له عادة قبل القضاء قبل المعتاد والا فلا اه اى سواء كان محرما أو غيره على ما مر عن شيخ الاسلام (قوله دعوة خاصة) الدعوة الى الطعام بفتح الدال عند اكثر العرب وبعضهم يكسرها كما في المصباح فلو عامة له حضورها ولا خصومة لصاحبها كما في الفتح (قوله وهي الخ) هذا هو المصحح في تفسيرها وقيل العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة وقيل ان كانت لخمسة الى عشرة فخاصة وان لاكثر فعامة وتمامه في البحر والنهر (قوله وقيل هي كالهدية) ظاهر الفتح اعتماده فانه قال بعد كلام فقد آل الحال الى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة وكذا قال في البحر الاحسن أن يقال ولا يقبل هدية ودعوة خاصة الا من محرم أو ممن له عادة فان للقاضي أن يجيب الدعوة الخاصة من أجنبي له عادة باتخاذها كالهدية فلو كان من عادته الدعوة له في كل شهر مرة فدعاه كل اسبوع بعد القضاء لا يجيبه ولو اتخذ له طعاما اكثر من الاول لا يجيبه الا أن يكون ماله قد زاد كذا في التتارخانية اه (قوله ولا يجيب دعوة خصم) هو ما ذكره في شرح المجمع لابن ملك وقدمناه عن الفتح وقوله وغير معتاد هو ما ذكره في السراج كما عزاه اليه المصنف في المنح وهذا لا يناسب القيل المذكور قبله لانه يلزم أن تكون العامة كالخاصة وهو خلاف تقييدهم المنع بالخاصة فقط تأمل (قوله ويعود المريض) الا أنه لا يطيل المكث عنده بحر (قوله ان لم يكن لهما ولا عليهما دعوى) الذي في الفتح وغيره الاقتصار على ذكر المريض تأمل (قوله ويسوي وجوبا بين الخصمين الخ) اطلاقه يعم الصغير والكبير والخليفة والرعية والدني والشريف والاب والابن والمسلم والكافر الا اذا كان المدعى عليه هو الخليفة ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه وأن يجلسه مع خصمه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما ولا ينبغي أن يجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يخص به الشيخين بل المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه كالمتعلم بين يدي معلمه ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحوهما ولا يمكنهما من التربع ونحوه ويكون أعوانه قائمة بين يديه وأما قيام الاخصام بين يديه فليس معروفا وانما حدث لما فيه من الحاجة اليه والناس مختلفو الاحوال والادب وقد حدث في هذا الزمان امور وسفهاء فيعمل القاضي بمقتضى الحال كذا في الفتح يعني فمنهم من لا يستحق الجلوس بين يديه ومنهم من يستحق فيعطى كل انسان ما يستحقه بقي ما لو كان أحدهما يستحقه دون الآخر وأبى الآخر الا القيام لم أر المسألة وقياس ما في الفتح أن القاضي لا يلتفت اليه نهر (قوله واقبالا) اى نظرا قهستاني والاولى تفسيره بالتوجه اليه صورة أو معنى لئلا يتكرر بما بعده (قوله ويمتنع من مسارة أحدهما) اى يجتنب التكلم معه خفية وكذا القائم بين يديه كما في الولوالجية وهو الجلواز الذي يمنع الناس من التقدم اليه بل يقيمهم بين يديه على البعد ومعه سوط والشهود يقربون نهر (قوله والاشارة اليه) مستدرك بما قبله ط (قوله ورفع صوته عليه) ينبغي أن يستثنى ما لو كان بسبب كاساءة أدب ونحوه (قوله لو فعل ذلك) اى الضيافة وقال في النهر أيضا وقياسه أنه لو سارهما أو أشار اليهما معا جاز (قوله ولا يمزح) اى يداعب في الكلام من باب نفع (قوله في مجلس الحكم) أما في غيره فلا يكثر منه لانه يذهب بالمهابة بحر (قوله عيني) عبارته وعن الثاني في رواية والشافعي في وجه لا بأس بتلقين الحجة اه وظاهره ضعفها بل ظاهر الفتح أن هذا في تلقين الشاهد لا الخصم كما يأتي نعم في البحر عن الخانية ولو أمر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول أبي يوسف (قوله واستحسنه ابو يوسف) قال في الفتح وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيأ من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه في غير موضع التهمة أما فيها بأن ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي يحتمل انه ابرأ من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين اه ثم ذكر أن ظاهر الهداية ترجيح قول أبي يوسف اه وحكاية الرواية في تلقين الشاهد والاتفاق في تلقين احد الخصمين ينفي ما مر عن العيني تأمل (قوله لزيادة تجربته) قدمنا عن الكفاية أن محمدا ولي القضاء أيضا وذكر عبد القادر في طبقاته أن الرشيد ولاه قضاء الرقة ثم عزله وولاه قضاء الري اه والظاهر أن مدته لم تطل ولذا لم يشتهر بالقضاء كما اشتهر أبو يوسف

(و) يرد اجابة (دعوة خاصة وهي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي) ولو من محرم ومعتاد وقيل هي كالهدية وفي السراج وشرح المجمع ولا يجيب دعوة خصم وغير معتاد ولو عامة للتهمة (ويشهد الجنازة ويعود المريض) ان لم يكن لهما ولا عليهما دعوى شرنبلالية عن البرهان (ويسوي) وجوبا (بين الخصمين جلوسا واقبالا واشارة ونظرا ويمتنع من مسارة أحدهما والاشارة اليه) ورفع صوته عليه (والضحك في وجهه) وكذا القيام له بالاولى (وضيافته) نعم لو فعل ذلك معهما معا جاز نهر (ولا يمزح) في مجلس الحكم (مطلقا) ولو لغيرهما لذهابه بمهابته (ولا يلقنه حجته) وعن الثاني لا بأس به عيني (ولا يلقن (الشاهد شهادته) واستحسنه ابو يوسف فيما لا يستفيد به زيادة علم والفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته بزازية

في الولوالجية حكى أن أبا يوسف وقت موته قال اللهم انك تعلم أني لم أمل الى أحد الخصمين حتى بالقلب الا في خصومة نصراني مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى اه قلت ومفاده أن القاضي يقضي على من ولاه وفي الملتقى ويصح لمن ولاه وعليه وسيجيء (فروع) في البدائع من جملة أدب القاضي انه لا يكلم أحد الخصمين بلسان لا يعرفه الآخر * وفي التتارخانية والاحوط أن يقول للخصمين أحكم بينكما حتى اذا كان في التقليد خلل يصير حكما بتحكيمهما * قضى بحق ثم أمره السلطان بالاستئناف بحضر من العلماء لم يلزمه بزازية * طلب المقضي عليه نسخة السجل من المقضي له ليعرضه على العلماء أهو صحيح أم لا فامتنع ألزمه القاضي بذلك جواهر الفتاوى * وفي الفتح متى أمكن اقامة الحق بلا ايغار صدور كان أولى * وهل يقبل قصص الخصوم ان جلس للقضاء لا والا أخذها ولا يأخذ بما فيها الا اذا أقر بلفظه صريحا

* (فصل في الحبس) *

هو مشروع بقوله تعالى أو ينفوا من الارض وحبس عليه الصلاة والسلام رجلا بالتهمة في المسجد وأحدث السجن علي رضي الله تعالى عنه بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى غيره من مدر وسماه مخيسا بفتح الياء وتكسر موضع التخييس وهو التذليل وفيه يقول علي رضي الله عنه

ألا تراني كيسا مكيسا
بنيت بعد نافع مخيسا
حصنا حصينا وأمينا كيسا

(صفته أن يكون بموضع ليس به فراش ولا وطاء) ليضجر فيوفي ومفاده أنه لو جيء له به منع منه (ولا يمكن أحد أن يدخل عليه للاستئناس الا أقاربه وجيرانه) لاحتياجه للمشاورة (ولا يمكثون عنده طويلا)

لم يحصل لهم من التجربة ما حصل لابي يوسف لانه كان قاضي المشرق والمغرب وزيادة التجربة تفيد زيادة علم قال الحموي قال مجد الائمة الترجماني والذي يؤيده ماذكره في الفتاوى ان أبا حنيفة كان يقول الصدقة أفضل من حج التطوع فلما حج وعرف مشاقه رجع وقال الحج أفضل اه (قوله حتى بالقلب) أي لم يحصل منه ميل قلبه الى عدم التسوية بين الخصمين بقرينة الاستثناء (قوله قلت ومفاده الخ) قال في الفتح والدليل عليه قضية شريح مع علي فانه قام وأجلس عليا بمجلسه اه (قوله وسيجيء) أي في آخر باب كتاب القاضي (قوله بلسان لا يعرفه الآخر) لانه كالمسارة (قوله أحكم بينكما) أي ويقولان نعم احكم بيننا (قوله لم يلزمه) أفاد أنه لو استأنف برأيه لعرضه لا بأس به (قوله نسخة السجل) أي كتاب القاضي الذي فيه حكمه المسمى الآن بالحجة (قوله ألزمه القاضي بذلك) الظاهر أن الاشارة للعرض على العلماء لان السجل أي الحجة لو كان ملكه لا يلزمه دفعه للمقضي عليه تأمل (قوله وفي الفتح الخ) حيث قال وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له انه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يحل فربما تفسد العامة عرضه وهو بريء واذا أمكن اقامة الحق مع عدم ايغار الصدور كان أولى اه وفي المصباح الوغر شدة توقد الحر ومنه قيل في صدره علي وغر بالتسكين أي ضغن وعداوة وتوقد من الغيظ (قوله قصص الخصوم) جمع قصة وهي بالفتح الجصة والمراد بها هنا ورقة يكتب فيها قضيته مع خصمه ويسمى الآن عرض حال (قوله لا) أي لان كلامه بلسانه أحسن من كتابته (قوله ولا يأخذ بما فيها) عبارة غيره ولا يؤاخذ أي لا يؤاخذ صاحبها بما كتبه فيها من اقرار ونحوه مالم يقر بذلك صريحا لانه لا عبرة بمجرد الخط فافهم والله سبحانه أعلم

* (فصل في الحبس) *

هو من أحكام القضاء الا انه لما اختص بأحكام كثيرة أفرده بفصل على حدة نهر وهو لغة المنع مصدر حبس كضرب ثم أطلق على الموضع وترجم المصنف له وزاد فيه مسائل أخر من أحكام القضاء ذكرها في الهداية في فصل على حدة فكان الاولى أن يقول في الحبس وغيره كما قال في باب كتاب القاضي الى القاضي وغيره (قوله هو مشروع الخ) اراد أنه مشروع بالكتاب والسنة زاد الزيلعي والاجماع لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعوا عليه (قوله أو ينفوا من الارض) فان المراد بالنفي الحبس كما تقدم في قطاع الطريق اه ح (قوله وأحدث السجن علي) أي احدث بناء سجن خاص فلا ينافي ما قالوا أيضا من انه لم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر سجن انما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضي الله تعالى عنه دارا بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبسا (قوله من مدر) بالتحريك قطع الطين اليابس والحجارة كما في القاموس (قوله بفتح الياء) أي المثناة التحتية مشددة والعجب مما في البحر والنهر والمنح من ضبطه بالتاء المثناة الفوقية وقد ذكره في القاموس في الاجوف اليائي فقال المخيس كمعظم السجن وسجن بناه علي رضي الله تعالى عنه (قوله كيسا) قال في المصباح الكيس وزان فلس الظرف والفطنة وقال ابن الاعرابي العقل ويقال انه مخفف من كيس مثل هين وهين والاول أصح لانه مصدر من كاس كيسا من باب باع وأما المثقل فاسم فاعل والجمع اكياس مثل جيد وأجياد اه وفي الفتح الكيس أي مخففا حسن التأني في الامور والكيس المنسوب اليه الكيس اه (قوله وأمينا) أراد به السجان الذي نصبه فيه فتح وعليه فعطفه على ما قبله تطير علقتها تبنا وماء باردا فيراد بقوله بنيت اتخذت وما قيل من انه يصح كونه وصفا لمخيسا كالذي قبله لا يناسبه قوله كيسا فافهم (قوله صفته) الضمير للحبس بالمعنى المصدري فلذا قال أن يكون بموضع أي في موضع فافهم (قوله ولا وطاء) على وزن كتاب المهاد الوطيء مصباح وفيه والمهد والمهاد الفراش وفي القاموس عن الكسائي ان الوطاء خلاف الغطاء قلت فان أريد به المهاد الوطيء اي اللين السهل فهو أخص مما قبله وكذا ان أريد به ما ينام عليه وهو خلاف الغطاء (قوله ومفاده) أي مفاد قوله ليضجر (قوله ولا يمكن) بالبناء للمجهول مع التشديد (قوله ولا يمكثون عنده طويلا) أي بحيث يحصل له الاستئناس بهم بل بقدر ما يحصل به المقصود

مطلب
لا تحبس زوجته معه لو حبسته

ومفاده أن زوجته لا تحبس معه لو هى الحابسة له وهو الظاهر وفى الملتقى يمكن من وطء جاريته لو فيه خلوة (ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض) فغيره اولى (ولا لحضور جنازة ولو) كان (بكفيل) زيلعى وفى الخلاصة يخرج بكفيل لجنازة اصوله وفروعه لا غيرهم وعليه الفتوى (ولو مرض مرضا اضناه ولم يجد من يخدمه يخرج بكفيل والا لا) به يفتى ولا يخرج لمعالجة وكسب قيل ولا يتكسب فيه ولو له ديون خرج ليخاصم ثم يحبس خانية (ولا يضرب) المحبوس الا فى ثلاث اذا امتنع عن كفارة الظهار والانفاق على قريبه والقسم بين نسائه بعد وعظه والضابط ما يفوت بالتأخير لا الى خلف اشباه

من المشاورة (قوله ومفاده) أى مفاد قوله للاستئناس وفى النهر واذا احتاج للجماع دخلت عليه زوجته أو أمته ان كان فيه موضع سترة وفيه دليل على أن زوجته لا تحبس معه لو كانت هى الحابسة له وهو الظاهر اه وأنت خبير بأن الاستدلال على المسألة بما قاله الشارح أولى مما فى النهر لان عدم دخول أحد عليه للاستئناس أصرح بعدم حبسها معه اذ فى حبسها معه غاية الاستئناس له مع كون المقصود من ذلك الضجر ليوفى دينه واذا كانت هى الحابسة له وقلنا بجواز حبسها معه لا يحصل المقصود بل يحصل ضده وهو ضجرها لتخرجه من الحبس حتى تخرج معه ففى ذلك أيضا دليل على انها لا تحبس معه لو هى الحابسة وليس فيما قاله فى النهر ما يدل على ذلك أيضا فلذا عدل الشارح عن كلام النهر فقد ظهر انه ليس فى عدوله عنه خلل بل الخلل فى متابعته له فافهم ثم ان الظاهر أن المقصود بهذا الرد على من قال انها تحبس معه وفى البحر عن الخلاصة فاذا حبست المرأة زوجها لا تحبس معه وفيه عن البزازية وغيرها اذا خيف عليها الفساد استحسن المتأخرون أن تحبس معه اه وحاصله انها اذا حبسته وكانت من أهل الفساد ويخشى عليها فعل ذلك اذا لم يكن مراقبا لها يكون مظنة أن حبسها له لاجل ذلك لا لمجرد استيفاء حقها منه فله حبسها معه أما اذا لم تكن كذلك فلا وجه لحبسها معه وهذا محمل ما فى الخلاصة (قوله من وطء جاريته) وكذا زوجته كما مر وقيل يمنع من ذلك لان الوطء ليس من الحوائج الاصلية فتح (قوله وفى الخلاصة يخرج بكفيل) هذا هو الصواب فى نقل عبارة الخلاصة ونقل عنها فى البحر يخرج الكفيل فكأنه سقطت الباء من نسخته كما نبه عليه فى النهر وكذا الرملى وقال أيضا والعجب أن البزازى وقع فى ذلك فقال وذكر القاضى أن الكفيل يخرج لجنازة الوالدين الخ والذى فى فتاوى القاضى يعنى قاضى خان يخرج بالكفيل (قوله وعليه الفتوى) قال فى الفتح وفيه نظر لانه ابطال حق آدمى بلا موجب نعم اذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك وسئل محمد عما اذا مات والداه أيخرج فقال لا اه وحاصله أن ما فى الخلاصة مخالف لنص محمد رحمه الله تعالى قال فى البحر وقد يدفع بأن نص محمد فى المديون أصالة والكلام فى الكفيل اه وهذا بناء على ما وقع له فى نسخة الخلاصة من التحريف على انه لا يظهر الفرق بين المديون وكفيله كما قاله المصنف فى المنح (قوله يخرج بكفيل) قال فى الفتح وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم الممرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضيا للتسبب فى هلاكه اه ومقتضى التعليل انه لو لم يجد كفيلا يخرج لكن فى المنح عن الخلاصة فان لم يجد كفيلا لا يطلقه تأمل (قوله والا لا) أى وان وجد من يخدمه لا يخرج هكذا روى عن محمد هذا اذا كان الغالب هو الهلاك وعن أبى يوسف لا يخرجه والهلاك فى السجن وغيره سواء والفتوى على رواية محمد منح عن الخلاصة (قوله لمعالجة) اى لمداواة مرضه لامكان ذلك فى السجن (قوله قيل ولا يتكسب فيه) كذا فى بعض النسخ وفى اكثرها بل ولا يتكسب فيه وهى الصواب لان التعبير بقيل يفيد الضعف وقد صرح فى البحر وغيره بأن الاصح المنع وفى شرح أدب القضاء عن السرخسى انه الصحيح من المذهب لان الحبس مشروع ليضجر ومتى تمكن من الاكتساب لا يضجر فيكون السجن له بمنزلة الحانوت (قوله ولو له ديون خرج ليخاصم ثم يحبس) فيه اشارة الى انه اذا ادعى عليه آخر بدين يخرج لسماع الدعوى فان أثبته بالوجه الشرعى اعيد فى الحبس لاجلهما سائحانى عن الهندية (قوله اذا امتنع عن كفارة) لان حق المرأة فى الجماع يفوت بالتأخير أشباه واعترضه الحموى بأن حقها فيه قضاء فى العمر مرة واحدة اه قلت هذه المرة لاجل انتفاء العنة والتفريق بها والا فلها حق فى الوطء بعدها ولذا حرم الايلاء منها ويفرق بينهما بمضى مدته لانه امتناع بسبب محظور وكذا فى الظهار لانه منكر من القول فلذا ظهر فيه المطالبة بالعود اليها ويضرب عند الامتناع وان كان لا يضرب عند الامتناع عنها بغير سبب تأمل (قوله والانفاق على قريبه) بالجر عطفا على كفارة وكذا قوله والقسم كما هو ظاهر فافهم وهذا مخالف لما قدمه فى النفقة من انه اذا امتنع من الانفاق على القريب يضرب ولا يحبس ومثله فى القسم كما مر فى بابه لكن قدمنا فى آخر النفقة أنه تابع البحر فى نقل ذلك عن البدائع وأن الذى فى البدائع أنه يحبس سواء كان أبا أو غيره بخلاف الممتنع من القسم فانه يضرب ولا يحبس وهو الموافق لما سيذكره المصنف متنا وذكر فى البحر أنهم صرحوا بأنه لو امتنع من التكفير مع قدرته يضرب وكذا لو امتنع من الانفاق على قريبه بخلاف سائر الديون اه (قوله والضابط) اى لما يضرب فيه المحبوس فانه بالامتناع

عما ذكر يفوت الواجب لا الى خلف فان نفقة القريب تسقط بالمضى ولو مقضيا بها او متراضى عليها وكذا الوطء والقسم يفوتان بالمضى (قوله مافى الوهبانية) الشطر الثانى لشارحها غير فيه نظم الاصل (قوله وان فرّ) اى من الحبس (قوله فى العنت يذكر) اى اذا كان متعنتا لا يؤدى المال قيل يطين عليه الباب ويترك له ثقبة يلقى له الخبز والماء وقيل الرأى فيه للقاضى وهو مايذكره قريبا عن البزازية (قوله ولا يغل) اى لا يوضع له الغل بالضم وهو طوق من حديد يوضع فى العنق جمعه أغلال كقفل وأقفال مصباح وأما القيد فما يوضع فى الرجل (قوله ولا يجرّد) اى من ثيابه فى الحبس (قوله وعن الثانى) عبارة النهر ولا يؤجر خلافا لما عن الثانى (قوله لاقاضى فيها) بأن مات او عزل منح عن الجواهر (قوله لازمه) ولا يمنعه عن الاكتساب والدخول الى بيته لانه لا ولاية له عليه بخلاف القاضى لان له ولاية المنع والحبس وغيره منح عن الجواهر (قوله قنية) عبارتها ادعى على بنته مالا وأمر القاضى بحبسها فطلب الاب منه أن يحبسها فى موضع آخر غير السجن حتى لا يضيع عرضه يجيبه القاضى الى ذلك وكذا فى كل مدع مع المدعى عليه اهـ (قوله وأفتى المصنف الخ) ذكر فى المنح عبارة قارئ الهداية ثم قال ولا منافاة بين هذا وبين ماذكرناه لان القاضى يعين مكان الحبس عند عدم ارادة صاحب الحق أما لو طلب صاحب الحق مكانا فالعبرة فى ذلك له اهـ (قوله واذا ثبت الحق للمدعى) أى عند القاضى كما فى الهداية وغيرها وظاهره أن المحكم لا يحبس قال فى البحر ولم أره نهر لكن نقل الحموى عن صدر الشريعة أن له الحبس (قوله ولو دانقا) فى كافى الحاكم ويحبس فى درهم وفى أقل منه اهـ ومثله فى الفتح معللا بأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك (قوله ببينة) أو بنكول بحر عن القلانسى (قوله عجل حبسه) الا اذا ادعى الفقر فيما يقبل فيه دعواه ط (قوله بطلب المدعى) ذكره قاضى خان وهو قيد لازم منح (قوله لم يعجل حبسه) لان الحبس جزاء المماطلة ولم يعرف كونه مماطلا فى أول الوهلة ولعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله هداية (قوله بل يأمره بالاداء) ينبغى أن يقيد هذا بما اذا لم يتمكن القاضى من اداء ما عليه بنفسه كما اذا ادعى عينا فى يد غيره أو وديعة له عنده وبرهن أنها هى التى فى يده أو دينا له عليه وبرهن على ذلك فوجد معه ماهو من جنس حقه كان للقاضى أن يأخذ العين منه وما هو من جنس حقه ويدفعه الى المالك غير محتاج الى أمره بدفع ماعليه وقد قالوا ان رب الدين اذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه وان لم يعلم به المديون فالقاضى اولى نهر وتبعه الحموى وغيره ط قلت لكن كونه غير محتاج الى أمره بالدفع فيه نظر لان القاضى لا يتحقق له ولاية أخذ مال المديون وقضاء دينه به الا بعد الامتناع عن فعل المديون ذلك بنفسه فكان المناسب ذكر هذا عند قوله فان أبى حبسه فيقال انما يحبسه اذا لم يتمكن القاضى الخ فافهم (قوله فان أبى حبسه) فلو قال أمهلنى ثلاثة أيام لادفعه اليك فانه يمهل ولم يكن بهذا القول ممتنعا من الاداء ولا يحبس شرح الوهبانية عن شرح الهداية ومثله قول المصنف الآتى ولو قال أبيع عرضى وأقضى دينى الخ (قوله وعكسه السرخسى) وهو أنه اذا ثبت بالبينة لا يحبسه لاول وهلة لانه يعتذر بأنى ما كنت أعلم أن علىّ دينا له بخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى احوجه الى شكواه فتح (قوله وسوّى بينهما فى الكنز) حيث قال واذا ثبت الحق للمدعى أمره بدفع ماعليه فان أبى حبسه وعبارة متن الدرر أصرح وهى واذا ثبت الحق على الخصم باقراره أو بينة أمره بدفعه الخ وفى كافى الحاكم ولا يحبس الغريم فى أول مايقدمه الى القاضى ولكن يقول له قم فأرضه فان عاد به اليه حبسه اهـ (قوله واستحسنه الزيلعى) حيث قال والاحسن ماذكره هنا اى فى الكنز فانه يؤمر بالايفاء مطلقا لانه يحتمل أن يوفى فلا يعجل بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالامر والمطالبة (قوله وهو المذهب عندنا) صرح بذلك فى شرح أدب القضاء وقال ان التسوية بينهما رواية قلت لكن سمعت عبارة كافى الحاكم وهو الجامع لكتب ظاهر الرواية الا أن عبارته ظاهرها التسوية فيمكن ارجاعها الى مافى الهداية فلا ينافى قوله وهو المذهب تأمل (قوله فليكن التوفيق) لم يظهر لنا وجهه على أن مانقله عن منية المفتى لم أجده فيها بل عبارتها هكذا ولا يحبسه فى أول ما يتقدم اليه ويقول له قم فأرضه فان عاد اليه حبسه اهـ وهى عبارة الكافى المارّة ثم رأيت بعضهم نبه على ماذكرته (قوله ويحبس المديون الخ) اعلم أن المدعى اذا ادعى دينا وأثبته يؤمر المديون بدفعه فان أبى وطلب المدعى حبسه وهو غنى يحبس ثم ان كان الدين ثمنا ونحوه

قلت ويزاد مافى الوهبانية
* وان فرّ يضرب دون قيد تأدبا *
* وتطيين باب الحبس فى العنت يذكر *
(ولا يغل) الا اذا خاف فراره فيقيد أو يحوّل لسجن اللصوص وهل يطين الباب الرأى فيه للقاضى بزازية (ولا يجرّد ولا يؤاجر) وعن الثانى يؤجره لقضاء دينه (ولا يقام بين يدى صاحب الحق اهانة) له ولو كان ببلد لاقاضى فيها لازمه ليلا ونهارا حتى يأخذ حقه جواهر الفتاوى (وتعيين مكانه) اى مكان الحبس عند عدم ارادة صاحب الحق (للقاضى الا اذا طلب المدعى مكانا آخر) فيجيبه لذلك قنية وأفتى المصنف تبعا لقارئ الهداية بأن العبرة فى ذلك لصاحب الحق لا للقاضى اهـ وفى النهر ينبغى أن لا يجاب لو طلب حبسه فى مكان اللصوص ونحوه (فرع) فى البحر عن المحيط ويجعل للنساء سجن على حدة نفيا للفتنة (واذا ثبت الحق للمدعى) ولو دانقا وهو سدس درهم (ببينة عجل حبسه بطلب المدعى) لظهور المطل بانكاره (والا) يثبت ببينة بل باقرار (لم يعجل) حبسه بل يأمره بالاداء فان أبى حبسه وعكسه السرخسى وسوّى بينهما فى الكنز والدرر واستحسنه الزيلعى والاول مختار الهداية والوقاية والمجمع قال فى البحر وهو المذهب عندنا اهـ قلت وفى منية المفتى لو ثبت ببينة يحبس فى أول مرّة وبالاقرار يحبس فى الثانية والثالثة دون الاولى فليكن التوفيق (ويحبس) المديون

من الاربعة المذكورة فى المتن وادّعى المديون الفقر لايصدّق لانّ اقدامه على الشراء ونحوه مماذكردليل على عدم فقره فيحبس الا اذا كان فقره ظاهرا كما سيأتى وان كان الدين غير الاربعة المذكورة وادّعى الفقر فالقول له ولا يحبس الخ ماسيجىء (تنبيه) أطلق المديون فشمل المكاتب والعبد المأذون والصبىّ المحجور فانهم يحبسون لكن الصبىّ لايحبس بدين الاستهلاك بل يحبس والده أووصيه فان لم يكونا أمر القاضى رجلا يبيع ماله فى دينه كذا فى البزازية بحر قلت وحبس والده أووصيه بدين الاستهلاك انما هو حيث كان للصبىّ مال وامتنع الاب اوالوصىّ من بيعه أما اذا لم يكن له مال فلا حبس كما يعلم من آخر العبارة وهو ظاهر والقول له انه فقير لانّ دين الاستهلاك مما لايحبس به اذا ادّعى الفقر كما يأتى وسيذكر الشارح آخر الباب نظما من لايحبس وفيه تفصيل للثلاثة المذكورين (قوله فى كل دين هو بدل مال) كثمن المبيع وبدل القرض وقوله أوملتزم بعقد كالمهر والكفالة وهو من عطف العامّ على الخاص فلو اقتصر عليه كما وقع فى بعض الكتب لاغناه عما قبله زاد فى البحر عن القلانسىّ وفى كل عين يقدر على تسليمها وسيأتى فى كلام الشارح ثم اعلم أنّ هذه العبارة التى عزاها الشارح الى الدرر والمجمع والملتقى أصلها للقدورىّ عدل عنها صاحب الكنز الى قوله فى الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة وتبعه المصنف لوجهين نبه عليهما فى النهر الاوّل أنّ قوله بدل مال يدخل فيه بدل المغصوب وضمان المتلفات والثانى أنّ قوله أوملتزم بعقد يدخل فيه أيضا ما التزمه بعقد الصلح عن دم العمد والخلع مع انه لايحبس فى هذه المواضع اذا ادّعى الفقر اه وصرّح الشارح بعد أيضا بأنه لايحبس فيها فكان عليه عدم ذكر هذه العبارة لكن ماذكره فى النهر غير مسلم أما الاوّل فلانّ المراد بدل مال حصل فى يد المديون كما سيأتى فيكون دليلا على قدرته على الوفاء بخلاف ما استهلكه من الغصب وأمّا الثانى فلانه يحبس فى الصلح والخلع كما تعرفه فالاحسن مافعله الشارح تبعا للزيلعىّ ليفيد أنّ الاربعة التى فى المتن غير قيد احترازىّ فافهم لكن الشارح نقض هذا فيما ذكره بعد كما تعرفه (قوله مثل الثمن) شمل الثمن ما على المشترى وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما باقالة أوخيار وشمل رأس مال السلم بعد الاقالة وما اذا قبض المشترى المبيع أولا بحر (قوله كالاجرة) لانها ثمن المنافع بحر فانّ المنفعة وان كانت غير مال لكنها تتقوم فى باب الاجارة للضرورة (قوله ولولذمىّ) يرجع الى الثمن والقرض وكان المناسب ذكره عقب قوله ويحبس المديون قال فى البحر أطلقه فأفاد أنّ المسلم يحبس بدين الذمىّ والمستأمن وعكسه اه (قوله والمهر المعجل) أى ماشرط تعجيله أوتعورف نهر (قوله ومالزمه بكفالة) استثنى منه فى الشرنبلالية كفيل اصله كما لو كفل أباه أو أمه اى فانه لايحبس مطلقا لما يلزم عليه من حبس الاب معه وفيه كلام قدّمناه فى الكفالة (قوله ولو بالدرك) هو المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع وهذا ذكره فى النهر أخذا من اطلاق الكفالة ثم قال ولم أره صريحا (قوله اوكفيل الكفيل) بالنصب خبر لكان المقدرة بعد لو فهو داخل تحت المبالغة اى ولو كان كفيل الكفيل فدخل تحت المبالغة الاصيل وكفيله قال فى البحر وأشار المؤلف الى حبس الكفيل والاصيل معا الكفيل بما التزمه والاصيل بما لزمه بدلا عن مال وللكفيل بالامر حبس الاصيل اذا حبس كذا فى المحيط وفى البزازية يتمكن المكفول له من حبس الكفيل والاصيل وكفيل الكفيل وان كثروا اه (قوله لانه التزمه بعقد) اى لان الكفيل التزم المال بعقد الكفالة وكذا كفيله وقوله كالمهر اى فان الزوج التزمه بعقد النكاح فكل منهما وان لم يكن مبادلة مال بمال لكنه ملتزم بعقد والتعليل المذكور لثبوت حبسه بما ذكر وان ادّعى الفقر فان التزامه ذلك بالعقد دليل القدرة على الاداء لان العاقل لايلتزم مالاقدرة له عليه فيحبس وان ادّعى الفقر لانه كالمتناقض لوجود دلالة اليسار وظهر به وجه حبسه ايضا بالثمن والقرض لانه اذا ثبت المال بيده ثبت غناه به أفاد ذلك فى الفتح وغيره والاخير مبنىّ على التمسك بالاصل فان الاصل بقاؤه فى يده (قوله هذا هو المعتمد) الاشارة الى ما فى المتن من أنه يحبس فى الاربعة المذكورة وان ادّعى الفقر وهذا أحد خمسة أقوال ثانيها ما فى الخانية ثالثها القول للمديون فى الكل اى فى الاربعة وفى غيرها مما يأتى رابعها للدائن فى الكل خامسها أنه يحكم الزىّ اى الهيئة الا الفقهاء والعلوية لانهم يتزيون بزىّ الاغنياء وان كانوا فقراء صيانة لماء وجههم كما فى أنفع الوسائل (قوله خلافا لفتوى قاضى خان) حيث قال ان كان الدين بدلا عن مال كالقرض وثمن المبيع فالقول للمدّعى وعليه

(فى) كل دين هو بدل مال أوملتزم بعقد درر ومجمع وملتقى مثل (الثمن) ولولمنفعة كالاجرة (والقرض) ولولذمىّ (والمهر المعجل وما لزمه بكفالة) ولو بالدرك أوكفيل الكفيل وان كثروا بزازية لانه التزمه بعقد كالمهر هذا هو المعتمد خلافا لفتوى قاضى خان لتقديم المتون والشروح على الفتاوى بحر فليحفظ

الفتوى

الفتوى وان لم يكن بدل مال فالقول للمديون اهـ وعليه فلا يحبس فى المهر والكفالة قال فى البحر وهو خلاف مختار المصنف تبعا لصاحب الهداية وذكر الطرسوسى فى أنفع الوسائل أنه اى ما فى الهداية المذهب المفتى به فقد اختلف الافتاء فيما التزمه بعقد ولم يكن بدل مال والعمل على ما فى المتون لانه اذا تعارض ما فى المتون والفتاوى فالمعتمد ما فى المتون كما فى أنفع الوسائل وكذا يقدم ما فى الشروح على ما فى الفتاوى اهـ قلت وما فى الخانية نقل فى أنفع الوسائل عن المبسوط أنه ظاهر الرواية (قوله ثم عده فى الاختيار لبدل الخلع هنا خطأ) عده بالرفع مبتدأ واللام فى لبدل متعلق به وخطأ خبر المبتدا وفى بعض النسخ كبدل بالكاف وهو تحريف وقوله هنا اى فيما يكون القول فيه للمدعى كالمسائل الاربع وعبارة الاختيار هكذا وان قال المدعى هو موسر وهو يقول أنا معسر فان كان القاضى يعرف يساره أو كان الدين بدل مال كالثمن والقرض او التزمه بعقد كالمهر والكفالة وبدل الخلع ونحوه حبسه لان الظاهر بقاء ما حصل فى يده والتزامه يدل على القدرة الخ ثم اعلم أن ما ذكره الشارح من التخطئة أصلها للطرسوسى فى أنفع الوسائل وتبعه فى البحر والنهر وغيرهما وأقروه على ذلك وذلك غير وارد وبيان ذلك أن الطرسوسى ذكر مسألة اختلاف المدعى والمدعى عليه فى الفقر وعدمه ونقل عبارات الكتب منها كتاب اختلاف الفقهاء للطحاوى ان كل دين أصله من مال وقع فى يد المديون كأثمان البياعات والقروض ونحوها حبسه وما لم يكن أصله كذلك كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونحوه لم يحبسه حتى يثبت ملاءته اهـ ونقل نحوه عن متن البحر المحيط وغيره وذكر عن السغناقى وغيره حكاية قول آخر أيضا وهو أن كل دين لزمه بعقد فالقول فيه للمدعى وكل دين لزمه حكما لا بمباشرة العقد فالقول فيه للمديون قالوا وهذا القول لا فرق فيه بين ما ثبت بدلا عن مال أولا ثم ان الطرسوسى قال ان صاحب الاختيار أخطأ حيث جعل بدل الخلع كالثمن والقرض فى أن القول فيه للمدعى وهو مخالف لما نقلناه عن اختلاف الفقهاء للطحاوى ومتن البحر المحيط وغيره وأيضا فان الخلع ليس بدلا عن مال هذا حاصل كلامه واذا أمعنت النظر تعلم أنه كلام ساقط فان ما ذكره عن اختلاف الفقهاء ومتن البحر المحيط وغيره هو القول الذى مر عن قاضى خان وما ذكره عن السغناقى وغيره هو الذى مشى عليه القدورى ونقله الشارح عن الدرر والمجمع والملتقى فالقول الاول اعتبر فى كون القول للمدعى كون الدين بدلا عن مال حصل فى يد المديون ولم يعتبر كونه بعقد ولا شك أن المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد وان كان بعقد لكنه ليس بدل مال فلا يكون القول فيه للمدعى بل للمديون فلا يحبس فيه والقول الثانى اعتبر كون الدين ملتزما بعقد سواء كان بدل مال أو غيره ولا شك أن الخلع ملتزم بعقد كالمهر فيكون القول فيه للمدعى والذين صرحوا بأن بدل الخلع لا يحبس فيه المديون هم أهل القول الاول فجعلوه كالمهر لكون كل منهما ليس بدل مال وقد علمت أن صاحب الاختيار من أهل القول الثانى فانه اعتبر العقد كما قدمناه عنه فلذا جعل القول للمدعى فى المهر والكفالة والخلع ويلزم منه أيضا أن يكون الصلح عن دم العمد كذلك لانه بعقد وحينئذ فاعتراض الطرسوسى على صاحب الاختيار بما حكاه اهل القول الاول ساقط فان صاحب الاختيار لم يقل بقولهم حتى يعترض عليه بذلك بل قال بالقول الثانى كبقية اصحاب المتون غير أنه زاد على المتون التصريح بالخلع لدخوله تحت العقد وتبعه فى الدرر كيف وصاحب الاختيار امام كبير من مشايخ المذهب ومن اصحاب المتون المعتبرة وأما الطرسوسى فلقد صدق فيه قول المحقق ابن الهمام انه لم يكن من أهل الفقه فافهم واغنم تحقيق هذا الجواب فانك لا تجده فى غير هذا الكتاب والحمد لله ملهم الصواب ثم بعد مدة رأيت فى مختصر أنفع الوسائل للزهيرى ردّ على الطرسوسى بنحو ما قلنا ولله الحمد (قوله لا يحبس فى غيره) اى ان ادعى الفقر كما يأتى (قوله بدل خلع) الصواب اسقاطه كما علمت من أنه من القسم الاول (قوله ومغصوب) بالجر عطفا على خلع وكذا ما بعده اى وبدل مغصوب اى اذا ثبت استهلاكه للمغصوب ولزمه بدله من القيمة أو المثل وادعى الفقر لا يحبس لانه وان كان بدل مال دخل فى يده لكنه باستهلاكه لم يبق فى يده حتى يدل على قدرته على الايفاء بخلاف ثمن المبيع فان المبيع دخل فى يده والاصل بقاؤه كما مر فلذا يحبس فيه وبخلاف العين المغصوبة القادر على تسليمها فانه يحبس أيضا على تسليمها كما قدمه آنفا عن تهذيب القلانسى فلا منافاة بينه وبين ما هنا قال فى انفع الوسائل وقولهم أو ضمان المغصوب معناه اذا اعترف بالغصب وقال انه فقير وتصادقا على الهلاك أو حبس لاجل العلم بالهلاك فان القول للغاصب فى العسرة هكذا ذكره السغناقى وتاج الشريعة وحميد الدين

مطلب

اذا تعارض ما فى المتون والفتاوى فالمعتمد ما فى المتون

ثم عده فى الاختيار لبدل الخلع هنا خطأ فتنبه وزاد القلانسى انه يحبس أيضا فى كل عين يقدر على تسليمها كالعين المغصوبة (لا) يحبس (فى غيره) أى غير ما ذكر وهو تسع صور بدل خلع ومغصوب

التمريـ اهـ (قوله ومتلف) اى وبدل ما أتلفه من أمانة ونحوها (قوله ودم عمد) اى بدل الصلح عن دم عمد قال فى أنفع الوسائل معناه أنه لو قتل مورثه عمدا فصالحه على مال فادّعى أنه فقير يكون القول قول القائل فى ذلك لانه ليس بدلا عن مال وما صرّح بهذه أحد سوى الطحاوى فى اختلاف الفقهاء وهو صحيح موافق للقواعد وداخل تحت قولهم عما ليس بمال اهـ قال فى البحر ويشكل جعلهم القول فيه للمديون مع أنه التزمه بعقد اهـ اقول لا اشكال فيه لانّ ذلك مبنىّ على القول بعدم اعتبار العقد وأن المعتبر هو كون الدين بدلا عن مال وقع فى يد المديون كما علمته مما نقلناه سابقا من عبارة الطحاوى وهذا القول هو الذى مرّ عن الخانية وأما على القول الذى مشى عليه القدورى وصاحب الاختيار وغيرهما من أصحاب المتون من أن المعتبر ما كان بدلا عن مال او ملتزما بعقد وان لم يكن بدلا عن مال فلا شك فى دخول هذه الصورة فى العقد فتكون على هذا القول من القسم الاوّل الذى يكون القول فيه للمدّعى لانها كالمهر وانما يشكل الامر لو صرّح أحد من اهل هذا القول بأن بدل دم العمد يكون القول فيه للمديون مع انه لم يصرّح بذلك أحد الا الطحاوى القائل بالقول الاوّل فعلمنا انه مبنىّ على أصله من أنه لا يعتبر العقد أصلا فمعارضة أهل القول الثانى بهذا القول غير واردة والاشكال ساقط كما قرّرنا نظيره فى مسألة الخلع وبهذا ظهر أن الصواب اسقاط هذه الصورة أيضا وذكرها فى القسم الاوّل (قوله وعتق حظ شريك) أى لو أعتق أحد شريكى عبد حصته منه بلا اذن الآخر واختار الآخر تضمينه فادّعى المعتق الفقر فالقول له لانّ تضمينه لم يجب بدلا عن مال وقع فى يده ولا ملتزما بعقد حتى يكون دليل قدرته بل هو فى الحقيقة ضمان اتلاف (قوله وأرش جناية) هذا وما بعده مرفوع عطفا على بدل لا على خلع المجرور لانّ الارش هو بدل الجناية والمراد أرش جناية موجبها المال دون القصاص (قوله ونفقة قريب وزوجة) أى نفقة مدّة ماضية مقضىّ بها أو متراضى عليها لكن نفقة القريب تسقط بالمضىّ الا اذا كانت مستدانة بالامر وسيذكر المصنف مسألة النفقة (قوله ومؤجل مهر) استشكله فى البحر بأنه التزمه بعقد أى فيكون من القسم الاوّل لكن جوابه انه لما علم عدم مطالبته به فى الحال لم يدل على قدرته عليه بخلاف المعجل شرطا أو عرفا (قوله قلت ظاهره ولو بعد طلاق) هذا هو المتعين لانه قبل الطلاق أو الموت لا يطالب به فكيف يتوهم حبسه به (قوله وفى نفقات البزازية الخ) الانسب ذكر هذا عند قول المتن الآتى الا أن يبرهن غريمه على غناه وعبارة البزازية كما فى البحر وان لم يكن لها بينة على يساره وطلبت من القاضى أن يسأل عن جيرانه لا يجب عليه السؤال وان سأل كان حسنا فان سأل فأخبره عدلان بيساره ثبت اليسار بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالاخبار وان قالا سمعنا انه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضى اهـ (قوله لكن الخ) فانّ قوله ما لم يثبت غناه المتبادر منه كونه بالشهادة ويمكن أن يقال الثبوت فى دين النفقة بالاخبار وفى غيره بالاشهاد فعبارته غير معينة ط قلت لكن قول المصنف الآتى الا أن يبرهن يقتضى عدم الفرق نعم عبارة الكنز والهداية الا أن يثبت لكن قيده الزيلعىّ بالبينة تأمل (قوله فالقول للمديون) أى فلا يحبس ان ادّعى الفقر (قوله وأقرّه فى النهر) وكذا فى البحر ووجهه ظاهر لانكاره ما يوجب حبسه (قوله لا يحبس فى دين مؤجل) لانه لا يطالب به قبل حلول الاجل (قوله وان بعد) أى السفر بحيث يحلّ الاجل قبل قدومه (قوله وقدمناه فى الكفالة) أى فى آخرها وقدمنا هنالك ترجيح الزامه باعطاء كفيل فراجعه (قوله ان ادّعى الفقر) قيد لقوله لا يحبس فى غيره (قوله اذ الاصل العسرة) لانّ الآدمىّ يولد فقيرا لا مال له والمدّعى يدّعى أمرا عارضا فكان القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر الا أن يثبت المدّعى بالبينة أنّ له مالا بخلاف ما تقدّم لانّ الظاهر يكذبه زيلعىّ (قوله أى على قدرته على الوفاء) أى ليس المراد بالغنى ملك النصاب لانه يحبس فيما دونه أفاده فى الفتح (قوله ولو باقتراض) فى البزازية لو وجد المديون من يقرضه فلم يفعل فهو ظالم وفى كراهية القنية لو كان للمديون حرفة تفضى الى قضاء دينه فامتنع منها لا يعذر اهـ وكل من الفرعين ينبغى تخريجه على ما يقبل فيه قوله فاذا ادّعى فى المهر المؤجل مثلا انه معسر ووجد من يقرضه أو كان له حرفة توفيه فلم يفعل حبسه الحاكم لانّ الحبس جزاء الظلم وأمّا ما لا يقبل فيه قوله فظلمه فيه ثابت قبل وجود من يقرضه نهر (قوله أو بتقاضى غريمه) بأن كان له مال على غريم موسر قال فى البزازية فان حبس غريمه الموسر لا يحبس وفيها ولو كان للمحبوس مال فى بلد آخر يطلقه بكفيل اهـ (قوله فيحبسه حينئذ) أى حين اذ قام البرهان على غناه فى هذا

ومتلف ودم عمد وعتق حظ شريك وأرش جناية ونفقة قريب وزوجة ومؤجل مهر قلت ظاهره ولو بعد طلاق وفى نفقات البزازية يثبت اليسار بالاخبار هنا بخلاف سائر الديون لكن أفتى ابن نجيم بأنّ القول له بيمينه ما لم يثبت غناه فراجعه ولو اختلفا فقال المديون ليس بدل مال وقال الدائن انه ثمن متاع فالقول للمديون ما لم يبرهن رب الدين طرسوسىّ بحثا وأقرّه فى النهر (فرع) لا يحبس فى دين مؤجل وكذا لا يمنع من السفر قبل حلول الاجل وان بعد وله السفر معه فاذا حلّ منعه منه حتى يوفيه بدائع وقدمناه فى الكفالة (ان ادّعى) المديون (الفقر) اذ الاصل العسرة (الا ان يبرهن غريمه على غناه) أى على قدرته على الوفاء ولو باقتراض أو بتقاضى غريمه (فيحبسه) حينئذ (بما رأى)

القسم وبمجرّد دعوى المدّعى غناه فى القسم الاول كما مرّ (قوله ولو يوما) أخذه فى البحر من ظاهر كلامهم (قوله هو الصحيح) صرّح به فى الهداية لانّ المقصود من الحبس الضجر والتسارع لقضاء الدين وأحوال الناس فيه متفاوتة ومقابله رواية تقديره بشهرين أو ثلاثة وفى رواية بأربعة وفى رواية بنصف حول (قوله لم أحبسه) أى ولو كان الدين ثمنا أو قرضا كما هو ظاهر الاطلاق وهو أيضا مقتضى عبارة شرح الاختيار التى قدّمناها (قوله ولو فقره ظاهرا الخ) أفاد أنّ قوله فيحبسه بما يرى انما هو حيث كان حاله مشكلا كما نبه عليه الشارح بعده وفى شرح أدب القضاء قال محمد بعد ذكر التقدير هذا اذا أشكل علىّ أمره أفقير أم غنىّ والا سألت عنه عاجلا يعنى اذا كان ظاهر الفقر أقبل البينة على الافلاس وأخلى سبيله اه (قوله قال المديون) أى بما صلح ثمن ونحوه اذ القسم الثانى القول فيه للمديون انه معسر فلا يحتاج الى تحليف الدائن نعم يتأتى فيه أيضا اذا أثبت يساره لكنه بعيد اذ لا يحلف المدّعى بعد البينة تأمل (قوله قلت قدّمنا الخ) تقييد لقول المصنف فيحبسه بما رأى وقدّم الشارح ذلك عند قول المصنف قبل هذا الفصل ولا يخير اذا لم يكن مجتهدا وقد تبع الشارح فى هذا القهستانىّ قال ح أقول مثل هذا لا يتوقف على كون القاضى مجتهدا كما لا يخفى اه أى فان ما يقتضيه حال ذلك المديون من قدر مدّة حبسه التى يظهر فيها انه لو كان له مال لاظهره يستوى فى علم ذلك المجتهد وغيره بدون توقف على العلم باللغة والكتاب والسنة متنا وسندا كما لا يخفى فالظاهر حمل ما قالوه فيما يفوّض الى رأى القاضى من الاحكام والله سبحانه أعلم (قوله ثم بعد حبسه الخ) الظرف متعلق بقول المصنف الآتى سأل عنه وقوله لو حاله مشكلا قيد لقوله حبسه بما راه وقوله والا أى ان لم يكن مشكلا بأن كان فقره ظاهرا وهذا كله يغنى عنه ما قبله (قوله احتياطا لا وجوبا) قال شيخ الاسلام لانّ الشهادة بالاعسار شهادة بالنفى فكان للقاضى أن لا يسأل ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط زيلعىّ وقال فى الفتح والا فبعد مضىّ المدّة التى يغلب ظنّ القاضى انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدّعى بينة بيساره من غير حاجة الى سؤال (قوله ويكفى عدل) والاثنان أحوط وكيفيته أن يقول المخبران حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله فى السرّ والعلانية بحر عن البزازية وقيد سماع هذه الشهادة بما بعد الحبس ومضىّ المدّة لانها قبل الحبس لا تقبل فى الاصح كما يأتى وكذا قبل المدّة التى يراها القاضى كما سنذكره (قوله بغيبة دائن) أى يكفى ذلك فى غيبة الدائن فلا يشترط لسماعها حضرته لكن اذا كان غائبا سمعها وأطلقه بكفيل كما فى البحر عن البزازية وسيأتى مع زيادة ما لو كان الدين لوقف أو يتيم (قوله وأما المستور الخ) فيه كلام يأتى قريبا (قوله ولا يشترط حضرة الخصم) يغنى عنه قوله بغيبة دائن (قوله الا اذا تنازعا الخ) قال فى النهر وقيد فى النهاية الاكتفاء بالواحد بما اذا لم تقع خصومة فان كانت كأن ادّعى المحبوس الاعسار ورب الدين يساره فلا بدّ من اقامة البينة على الاعسار اه ومثله فى البحر قلت وهذا مشكل فان ما مرّ من الاكتفاء بعدل لاشك انه عند المنازعة اذ لو اعترف المدّعى بفقر المحبوس أو اعترف المحبوس بغناه لم يحتج الى سؤال ولا الى اخبار ثم رأيت فى أنفع الوسائل نقل عبارة النهاية المارّة بزيادة وهى فان شهدا بأنه معسر خلى سبيله ولا تكون هذه شهادة على النفى فانّ الاعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون شهادة بأمر حادث لا بالنفى اه فأفاد أنّ هذه الخصومة باعسار حادث يعنى اذا أراد حبسه فيما يكون القول فيه للمدّعى يساره أو فى القسم الآخر وبرهن على يساره بارث من أبيه منذ شهر مثلا وهو ادّعى اعسارا حادثا فلا بدّ فيه من نصاب الشهادة لانها شهادة صحيحة لوقوعها على أمر حادث لا على النفى بخلاف الشهادة على انه معسر فانها قامت على نفى اليسار الذى يحبس بسببه لا على اعسار حادث بعده أو المراد اقامة البينة على اعساره بعد حبسه قبل تمام المدّة التى يظهر فيها للقاضى عسرته لكن سيأتى أنّ سماع البينة قبل المدّة خلاف ظاهر الرواية فتأمّل (قوله قلت لكنها الخ) استدراك على التقييد بالعدل فى قوله ويكفى عدل فقد نقل فى أنفع الوسائل عن الخلاصة انه يسأل عنه الثقات والواحد يكفى ولا يشترط لفظ الشهادة ثم نقل عبارة شيخ الاسلام المارّة ثم قال فقوله أى شيخ الاسلام هذا ليس بواجب وهذا ليس بحجة وانّ للقاضى أن لا يسأل يؤيد قولنا انه لا يشترط العدالة فى هذا الواحد لانها تشترط فى أمر واجب أو فى اثبات حجة شرعية والا فلا فائدة فى اشتراطها الا انّ القاضى له اخراجه بلا سؤال أحد عنه الخ وأراد بذلك الردّ على الزيلعىّ حيث قيد بالعدل فى قوله والعدل

ولو يوما هو الصحيح بل فى شهادات الملتقط قال أبو حنيفة اذا كان المعسر معروفا بالعسرة لم أحبسه وفى الخانية ولو فقره ظاهرا سأل عنه عاجلا وقبل بينته على افلاسه وخلى سبيله نهر وفى البزازية قال المديون حلفه انه ما يعلم أنى معسر أجابه القاضى فان حلف حبسه بطلبه وان نكل خلاه وأقرّه المصنف وغيره قلت قدّمنا أنّ الرأى لمن له ملكة الاجتهاد فتنبه (ثم) بعد حبسه بما راه لو حاله مشكلا عند القاضى والا عمل بما ظهر بحر واعتمده المصنف (سأل عنه) احتياطا لا وجوبا من جيرانه ويكفى عدل بغيبة دائن وأما المستور فان وافق قوله رأى القاضى عمل به والا لا أنفع الوسائل بحثا ولا يشترط حضرة الخصم ولا لفظ الشهادة الا اذا تنازعا فى اليسار والاعسار قهستانىّ قلت لكنها بالاعسار للنفى وهى ليست بحجة

الواحـد يكفي واثبات أن المستور الواحد يكفي دون الفاسق ثم قال والاحسن عندي أن يقال ان كان رأي القاضي موافقا لقول هذا المستور في العسرة يقبل والا بأن لم يكن للقاضي رأي في عسرة المحبوس أو يسرته فيشترط كون المخبر عدلا اهـ واستحسنه في النهر وغيره قلت قد رجع الى ما قاله الزيلعي من حيث لا يشعر وذلك انه اذا كان للقاضي رأي في عسرته بأن ظهر له حاله لا يحتاج الى شاهد أصلا بل له اخراجه بلا سؤال والاحوط السؤال من عدل ليتحقق به ما رآه القاضي ولا يكون بمجرد رأيه ويظهر من كلام شيخ الاسلام المار وكذا من كلام الفتح الذي ذكرناه بعده انه لا يلزمه العمل بقول ذلك العدل اذا خالف رأيه واذا وافق قول المخبر رأي القاضي لا شك انه يعمل به سواء كان المخبر عدلا أو فاسقا أو مستورا فعلم أن كلام الزيلعي محمول على ما اذا لم يكن للقاضي رأي بدليل قوله في شرح أدب القضاء واذا مضت تلك المدة واحتاج القاضي الى معرفة حاله سأل الثقات من جيرانه وأصدقائه الخ فقوله واحتاج دليل انه لا رأي له فقد ظهر أنه في هذه الصورة تشترط العدالة كما اعترف به الطرسوسي وفي الصورة الاولى لا تشترط عدالة ولا غيرها والا لم يكن للقاضي العمل برأيه واخراج المحبوس بلا سؤال وبه ظهر سقوط هذا البحث من أصله فافهم واغتنم هذا التحرير (قوله ولذا لم يجب السؤال) أي سؤال القاضي عن حال المحبوس وانما يسأل احتياطا كما مر (قوله فان لم يظهر له مال خلاه) اي اطلقه من الحبس جبرا على الدائن نهر ثم ان اطلاقه باخبار واحد لا يكون ثبوتا حتى لا يجوز أن يقول هذا القاضي ثبت عندي انه معسر ولا ينقل ثبوته الى قاض آخر بل هذا يختص بهذا القاضي انفع الوسائل وأقره في البحر والنهر (قوله ووقف) ذكره في البحر بحثا الحاقا باليتيم (قوله فعلى القاضي القضاء به) اي اذا أبى المحبوس أن يخرج حتى يقضي بافلاسه كما في البحر وغيره (قوله حتى لا يعيده الدائن ثانيا) اي قبل ظهور غناه بحر والظاهر أن المراد أن لا يعيده قاض آخر لان الاول ظهر له حاله فكيف يعيده الى الحبس بل لا يعيده لا لهذا الدائن ولا لغيره حتى يثبت غناه كما هو صريح عبارة البزازية المذكورة وأيضا اذا ثبت اعساره الحادث بشهادة تامة بعد خصومة كما مر فليس لقاض آخر حبسه ثانيا فيما يظهر لانه يكون ثبوتا فيتعدى بخلاف ما اذا أطلقه باخبار واحد تأمل وقدم الشارح في الوقف في صور من ينتصب خصما عن غيره عد منها المديون اذا أثبت اعساره في وجه أحد الغرماء (قوله يريد تطويل حبسه) الظاهر أنه قيد باعتبار العادة والافي غيبته تطويل حبسه وان لم يرد ذلك ولذا لم يقيد بذلك في عبارة الاشباه الآتية أفاده ط (قوله وقدره) بالنصب عطفا على الضمير المنصوب في علمه (قوله أو كفيلا) اي بالمال او النفس (قوله الا اذا ثبت اعساره) المناسب اسقاط الا وعطفه بأو والمراد بالثبوت الظهور ولو برأي القاضي أو اخبار عدل كما مر (قوله ابيع عرضي) انظر ما فائدة التقييد بالعرض فان العقار كذلك فيما يظهر وكذا لو قال امهلني ثلاثا لادفعه كما قدمناه عن شرح الوهبانية وهذا أعم من أن يدفعه ببيع عرض أو عقار او باستقراض أو استيهاب أو غير ذلك ولا داعي الى ما قاله المصنف في المنح من حمله على المقيد هنا كما لا يخفى (قوله لابلاء الاعذار) اي لاختبار مدعيها ويحتمل أن الهمزة للسلب والابلاء بمعنى الافناء اي لازالة الاعذار يعني أنه لا عذر له بعدها فالثلاثة تبلي الاعذار وتفنيها ط (قوله وسيجيء تمامه في الحجر) قال المصنف والشارح هناك والقاضي يحبس الحر المديون ليبيع ماله لدينه وقضى دراهم دينه من دراهمه يعني بلا أمره وكذا لو كان دنانير وباع دنانيره بدراهم دينه وبالعكس استحسانا لاتحادهما في الثمنية لا يبيع القاضي عرضه ولا عقاره للدين خلافا لهما وبه اي بقولهما ببيعهما للدين يفتى اختيار وصححه في تصحيح القدوري ويبيع كل ما لا يحتاجه للحال اهـ وحاصله أنه اذا امتنع عن البيع يبيع عليه القاضي عرضه وعقاره وغيرهما وفي البزازية وفرع على صحة الحجر أنه يترك له دست من الثياب ويباع الباقي وتباع الحسنة ويشترى له الكفاية ويباع كانون الحديد ويشترى له من طين ويباع في الصيف ما يحتاجه للشتاء وعكسه (قوله ولم يمنع غرماءه عنه) عطف على قوله خلاه وكان ينبغي ذكره عقبه (قوله على الظاهر) اي ظاهر الرواية وهو الصحيح بحر (قوله فيلازمونه الخ) قال في انفع الوسائل وبعد ما خلى القاضي سبيله فلصاحب الدين أن يلازمه في الصحيح وأحسن الاقاويل في الملازمة ما روى عن محمد أنه قال يلازمه في قيامه وقعوده ولا يمنعه من الدخول على اهله ولا من الغداء والعشاء والوضوء والخلاء وله أن يلازمه بنفسه واخوانه وولده ممن أحب اهـ وتمامه

ولذا لم يجب السؤال أنفع الوسائل فتنبه (فان لم يظهر له مال خلاه) بلا كفيل الا في ثلاث مال يتيم ووقف واذا كان الدائن غائبا ثم لا يحبسه ثانيا لا للاول ولا لغيره حتى يثبت غريمه غناه بزازية وفي القنية برهن المحبوس على افلاسه فأراد الدائن اطلاقه قبل تفليسه فعلى القاضي القضاء به حتى لا يعيده الدائن ثانيا (فرع) احضر المحبوس الدين وغاب ربه يريد تطويل حبسه لمن علمه وقدره أخذه أو كفيلا وخلاه خانية وفي الاشباه لا يجوز اطلاق المحبوس الابرضي خصمه الا اذا ثبت اعساره أو أحضر الدين للقاضي في غيبة خصمه (ولو قال) من يراد حبسه (ابيع عرضي وأقضي ديني اجله القاضي) يومين أو (ثلاثة ايام ولا يحبسه) لان الثلاثة مدة ضربت لابلاء الاعذار (ولو له عقار يحبسه) اي (ليبيعه ويقضي الدين) الذي عليه (ولو بثمن قليل) بزازية وسيجيء تمامه في الحجر (ولم يمنع غرماءه عنه) على الظاهر فيلازمونه نهارا

مطلب في ملازمة المديون

فى البحر (قوله لاليلا) لانه ليس بوقت الكسب فلا يتوهم وقوع المال فى يده فالملازمة لاتفيد بحر عن المحيط ويظهر منه أنه ليس له الملازمة فى وقت لايتوهم وقوع المال فى يده فيه كما لو كان مريضا مثلا تأمل وانه ليس له ملازمته ليلا على قصد الاضرار لان الكلام فيما بعد ظهور عسرته وتخليته من الحبس والعلة فى الملازمة امكان قدرته على الوفاء بعد تخليته فيلازمه كيلا يخفيه (قوله ويستأجر للمرأة مرأة تلازمها منية) عبارة منية المفتى ولو كان المدعى عليه امرأة قيل يستأجر امرأة تلازمها وقيل له أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها بالنهار أما بالليل فتلازمها النساء فان هربت ودخلت خربة لا بأس أن يدخل الرجل اذا كان يأمن على نفسه فى ذلك ويكون بعيدا منها ويحفظها بعينه اھ ونقل الثانى فى البحر عن الواقعات معللا بأن له ضرورة فى هذه الخلوة اى الخلوة بالمرأة الاجنبية (قوله الاالضرر) عبارة الهداية الا اذا علم القاضى أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين بأن لايمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر اھ قلت والظاهر أن هذا فيمن لم يظهر للقاضى عسرته بعد حبسه والا فكيف يحبس ثانيا بلا ظهور غناه أو هو مفروض فيما قبل الحبس أصلا (قوله وكافه فى البزازية لكفيل بالنفس) الاولى بكفيل بالباء وعبارة البزازية نقلا عن الامام محمد وان فى ملازمته ذهاب قوته وعياله أكافه أن يقيم كفيلا بنفسه ثم يخلى سبيله (قوله ولا يقبل برهانه على افلاسه قبل حبسه الخ) هذا مقابل قوله ثم بعد حبسه سأل عنه وقد اختلف التصحيح فى هذه المسألة ففى الخانية عن ابن الفضل أن الصحيح القبول وفى شرح أدب القضاء أن الصحيح عدمه وأن عليه عامة المشايخ واختار فى الخانية أنه مفوض الى رأى القاضى فان رأى انه لين يقبل وان علم أنه وقح لا قال فى انفع الوسائل وكانه أراد بقوله لين أن يعتذر اليه ويتلطف معه وبقوله وقح أن يقول لو قعدت فى الحبس كذا وكذا لا يحصل لك منى شئ وآخرتى أخرج على رغمك ونحو ذلك ثم قال وكان والدى يقول ينبغى للقاضى اذا علم أن بينته عدول مبرزون فى العدالة يقبل قال وهذا حسن أيضا وعملى عليه لان العدل المتحرى لايشهد مالم يقطع بفقره بخلاف غيره ممن يحتاج الى تزكية ولا يعرف القاضى تحريه ولا ديانته اھ ملخصا وبقى ما اذا برهن على افلاسه بعد حبسه قبل مضى المدة وفى الخانية لايقبل فى الروايات الظاهرة الا بعد مضى المدة اھ ومشى الامام الخصاف فى أدب القضاء على قبولها قبل مضى المدة (قوله وصححه عزمى زاده) ليس هو من أهل التصحيح ولكنه نقل عن الزيلعى أن عليه عامة المشايخ قلت وعليه الكنز وغيره وعلمت التصريح بتصحيحه وعلله الزيلعى بأنها بينة على النفى فلا تقبل مالم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب كما بينا اھ (قوله والمعول عليه رأيه) اى رأى القاضى واعلم أن كلام النهر هنا غير محرر فانه قال بعد تعليل الزيلعى المذكور آنفا والمعول عليه رأيه كما مر عن شيخ الاسلام وهذا هو احدى الروايتين وهو اختيار العامة وهو الصحيح وقال ابن الفضل الصحيح انها تقبل وقال قاضى خان ينبغى أن يكون مفوضا الى رأى القاضى ان علم يساره لا يقبلها وان علم اعساره قبلها اھ وبقى ما اذا لم يعلم من حاله شيأ والظاهر أنه لا يقبلها اھ ما فى النهر وفيه أن ما مر عن شيخ الاسلام هو ما قدمناه عنه فى سؤاله عن حال المحبوس بعد تمام المدة وأنه لا يجب بل له أن يعمل بما يراه ولا يخفى أن كلامنا هنا فيما قبل الحبس وما نقله عن قاضى خان غير ما قدمناه عنه آنفا ولا يخفى ما فيه فانه اذا علم اعساره وكان ظاهرا يسأل عنه عاجلا ويقبل بينته ويخلى سبيله كما قدمه الشارح والكلام هنا فيما اذا كان أمره مشكلا كما فى البزازية حيث قال وان كان امره مشكلا هل يقبل البينة قبل الحبس فيه روايتان (قوله وبينة يساره أحق الخ) هذا ظاهر فيما يكون فيه القول للمديون انه فقير لان البينة لاثبات خلاف الظاهر وذلك فى بينة اليسار أما القسم الاول وهو ما يكون القول فيه للمدعى بأن كان الدين ملتزما بمقابلة مال أو بعقد فلا يظهر لان الاصل فيه اليسار بل الظاهر تقدم بينة الاعسار لاثباتها خلاف الظاهر ولم أر من فصل بل كلامهم هنا مجمل فليتأمل (قوله لان اليسار عارض) فان الآدمى يولد ولا مال له كما مر لكن اذا تحقق دخول المبيع فى يده صار اليسار هو الاصل فينبغى ترجيح بينة الاعسار كما قلنا تأمل (قوله نعم لو بين الخ) عبارة الفتح هكذا وكلما تعارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم اللهم الا أن يدعى أنه موسر وهو يقول اعسرت من بعد ذلك وأقام بذلك بينة فانه تقدم لان معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال اھ قال فى البحر والظاهر انه بحث منه وليس بصحيح لجواز حدوث اليسار بعد اعساره الذى ادعاه اھ ورده المقدسى

لا ليلا الا أن يكتسب فيه ويستأجر للمرأة مرأة تلازمها منية (فرع) لو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة ففى بحر الهداية يخير الطالب الا الضرر وكافه فى البزازية لكفيل بالنفس وللطالب ملازمته بلا أمر قاض لو مقرا بحقه (ولا يقبل برهانه على افلاسه قبل حبسه) لقيامها على النفى وصححه عزمى زاده وصحح غيره قبولها والمعول عليه رأيه كما مر فان علم اعساره قبلها والالا نهر فليحفظ (وبينة يساره أحق) من بينة اعساره بالقبول لان اليسار عارض والبينات للاثبات نعم لو بين سبب اعساره وشهدوا به

مطلب
بينة اليسار أحق من بينة الاعسار عند التعارض

قوله فانه تقدم الخ هكذا بخطه والاولى فانها تقدم كما فى بعض النسخ تأمل اھ مصححه

بقوله وهـذا تجرٍ من غير تحرٍّ اهـ قلت ووجهه أولا منع كونه بحثا بل ظاهر كلام الفتح أنه منقول كيف وهو موافق لما قدمناه عن أنفع الوسائل عن النهاية عند قول الشارح الا اذا تنازعا وثانيا ما قاله فى النهر من أنه ينبغى أن يكون معناه أنه بين سبب الاعسار وشهدوا به وما فى البحر مدفوع بأنهم لم يشهدوا بيسار حادث بل بما هو سابق على الاعسار الحادث وبينة الاعسار تحدث أمرا عارضا اهـ لكن يظهر لى أن بيان سبب الاعسار غير لازم بل يكفى قولهم انه اعسر بعد ذلك تأمل (تنبيه) قال البيرى وفى اوضح رمز ناقلا عن المستصفى واعلم أن بينة الاعسار انما تقبل اذا قالوا انه كثير العيال وضيق الحال أما اذا قالوا لا مال له لا تقبل اهـ (قوله فتقدم) الاولى حذف الفاء ط (قوله قبلت) لان المقصود منها دوام الحبس عليه بحر عن البزازية (قوله والا الخ) اى بأن بينوا مقدار ما يملك لم يمكن قبولها (قوله لانها قامت للمحبوس الخ) اى على اثبات ملكه لقدر معين قال فى القنية وقولهم اى الشهود انه موسر ليس كذلك فيقبل اهـ قلت وحاصله أن الشهود لو قالوا انه يملك الشئ الفلانى مثلا لا تقبل لانه يقول لا أملك شيأ وهم يشهدون له بأن ذلك الشئ ملكه والبينة لا تقبل للمنكر بل تقبل عليه وهذه شهادة له صريحا وتتضمن الشهادة عليه بيساره وادامة حبسه واذا بطل الصريح بطل ما فى ضمنه بخلاف قولهم انه موسر فانها شهادة عليه صريحا وان كان قولهم انه موسر يتضمن الشهادة بأنه يملك قدر الدين أو اكثر فانها ليست بشهادة له اذ ليس فيها اثبات شئ معين أو مقدار قدر الدين لان اليسار أعم وأيضا فانها ضمنية لا صريحة بل الصريح منها قصد ادامة حبسه فافهم (قوله وسيجئ فى الحجر) قدمنا عبارته فيه (قوله وحينئذ فلا يتأبد حبسه) اى على قولهما وكذا على قوله ان كان ماله غير عقار ولا عرض بل كان من الاثمان ولو خلاف جنس الدين كما قدمناه (قوله ولا يحبس لما مضى الخ) اعلم أن نفقة الزوجة لا تصير دينا على الزوج الا بالقضاء او الرضى فاذا مضت مدة قبل القضاء او الرضى سقطت عنه والمراد بالمدة شهر فأكثر وكذا نفقة الولد الصغير الفقير وأما نفقة سائر الاقارب فانها تسقط بالمضى ولو بعد القضاء او الرضى الا اذا كانت مستدانة بأمر قاض فلا تسقط بالمضى هذا حاصل ما قدمه الشارح فى النفقات لكن ما ذكره من كون الصغير كالزوجة نقله هناك عن الزيلعى وقدمنا هناك أنه مخالف لاطلاق المتون والشروح ولما صرح به فى الهداية والذخيرة وشرح أدب القضاء والخانية من أن نفقة الولد والوالدين والارحام اذا قضى بها ومضت مدة سقطت (قوله وان قضى بها) أفاد أنه اذا لم يقض بها لا يحبس بها بالاولى لانها لم تصر دينا أصلا وأما اذا قضى بها ومثله الرضى فلانها ليست بدل مال ولا ملتزمة بعقد على ما مر أى فى قوله لا يحبس فى غيره ان ادعى الفقر كما مر تقريره (قوله حتى لو برهنت الخ) المناسب حذفه والاقتصار على ما بعده لئلا يتكرر (قوله حبس بطلبها) اى بطلبها حبسه ان كانت النفقة مقضيا بها او متراضى عليها (قوله كما لو أبى أن ينفق عليهما) اى كما يحبس الموسر لو امتنع من الانفاق على زوجته وولده الفقير الصغير كما فى السراج وفهم فى البحر أنه قيد احترازى عن البالغ الزمن الفقير وقال وفيه تأمل لا يخفى قال فى المنح وليس كذلك فانه فى معنى الصغير كما لا يخفى فيحبس ابوه اذا امتنع من الانفاق عليه كما هو الظاهر اهـ وفى الفتح ويتحقق الامتناع بأن تقدمه فى اليوم الثانى من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا رأى القاضى ذلك فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم وهو بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهـذا يقتضى أنه اذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها فى يوم ينبغى اذا قدمته فى اليوم الثانى أن يأمره بالانفاق فان رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه فى باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرافعته يأمره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم يقسم فرافعته أوجعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل به ضرر كبير اهـ (قوله وفروعه) اى وبقية فروعه كالاناث والولد البالغ الزمن وهذا بناء على ما مر من أن الصغير غير قيد (قوله وهل يحبس لمحرمه لو أبى لم أره) أصل التوقف لصاحب الشرنبلالية قلت اذا حبس الاب فغيره بالاولى مع أنا قدمنا فى آخر النفقات التصريح بذلك عن البدائع فانه قال ويحبس فى نفقة الاقارب كالزوجات أما غير الاب فلا شك فيه وأما الاب فلان فى النفقة ضرورة دفع الهلاك عن الولد ولانها تسقط بمضى الزمان فلو لم يحبس سقط حق الولد رأسا فكان فى حبسه دفع الهلاك واستدراك الحق عن الفوات لان حبسه يحمله على الاداء اهـ وقدمنا هناك أن هذا خلاف ما عزاه الشارح الى البدائع (قوله وظاهر تقييدهم) اى

قوله وهذا تجرٍ من غير تحرٍّ الاول بالجيم من الجرأة وهى الاقدام على الشئ بلا تروّ والثانى بالحاء المهملة وهو طلب الامر الاحرى اى الاوفق اهـ منه

فتقدم لاثباتها أمرا عارضا فتح بحثا واعتمده فى النهر وفى القنية ان لم يبينوا مقدار ما يملك قبلت والا لم يمكن قبولها لانها قامت للمحبوس وهو منكر والبينة متى قامت للمنكر لا تقبل (وأبد حبس الموسر) لانه جزاء الظلم قلت وسيجئ فى الحجر انه يباع ماله لدينه عندهما وبه يفتى وحينئذ فلا يتأبد حبسه فتنبه (ولا يحبس لما مضى من نفقة زوجته وولده) اذا ادعى الفقر وان قضى بها لانها ليست بدل مال ولا لزمته بعقد على ما مر حتى لو برهنت على يساره حبس بطلبها (بل يحبس اذا) برهنت على يساره بطلبها كما لو (أبى ان ينفق عليهما) او على اصوله وفروعه فيحبس احياء لهم بحر قلت وهل يحبس لمحرمه لو أبى لم أره وظاهر تقييدهم لا

بالولد

بالولد فان عبارة الكنز وغيره ويحبس الرجل بنفقة زوجته لا فى دين ولده الا اذا امتنع من الانفاق عليه ولا يخفى
انها لا تفيد عدم الحبس فى نفقة غير الولد (قوله لكن مامر) اى فى أول الباب (قوله يفيده) اى يفيد
حبسه بالامتناع عن نفقة القريب المحرم حيث عبر بالمحبوس (قوله فتأمل عند الفتوى) اى حيث حصل
الاضطراب فى فهم هذا الحكم من كلامهم فلا تعجل فى الفتوى قلت وبما نقلناه عن البدائع زال الاضطراب
واتضح الجواب فافهم (قوله وسيجئ) اى فى آخر الباب ويأتى الكلام عليه (قوله لا يحبس اصل الخ)
اى ولو جدا الام لانه لا قصاص عليه بقتل ولد بنته فكذا لا يحبس بدينه وقيد بالاصل لان الولد يحبس بدين اصله
وكذا القريب بدين قريبه كما فى الخانية بحر وسيذكر الشارح آخر الباب نظما جماعة من لا يحبس وسيأتى
عدتهم عشرة (قوله بل يقضى القاضى الخ) أفاد أنه لا فرق فى عدم الحبس بين الموسر والمعسر لكن يبيع
القاضى مال الاب لقضاء دين ابنه اذا امتنع لانه لا طريق له الا البيع والاضاع أفاده فى البحر وذكر فى جواهر
الفتاوى لا يحبس الاب الا اذا تمرد على الحاكم اه لكن ماذكر من أن القاضى يقضى دينه يغنى عن حبسه
ذكره الرملى عن المصنف (قوله من عين ماله) اى ان كان من جنس الدين وقوله او قيمته اى ان كان من غير
جنسه كما لو كان الدين دراهم والمال دنانير فتباع الدنانير بالدراهم ويقضى بها الدين عند الامام وصاحبيه (قوله
والصحيح الخ) مقابله أنه يبيع عندهما المنقول دون العقار وأما عنده فلا يبيع المنقول ولا العقار وقدمنا
أن المفتى به قولهما (قوله ولا يستخلف قاض الخ) اى ولو بعذر بحر عن العناية فدخل فيه ما لو وقعت
له حادثة فلا يستخلف بلا تفويض ففى البحر عن السراجية القاضى اذا وقعت له حادثة أو لولده فأناب غيره وكان
من اهل الانابة وتخاصما عنده وقضى له او لولده جاز ثم قال وقد سئلت عن صحة تولية القاضى ابنه قاضيا حيث
كان مأذونا له بالاستخلاف فأجبت بنعم وشمل اطلاقه الاستخلاف ما اذا كان مذهب الخليفة موافقا لمذهبه
او مخالفا ثم قال وظاهر اطلاقهم أن المأذون له بالاستخلاف يملكه قبل الوصول الى محل قضائه وقد جرت
عادتهم بذلك وسئلت عنه فأجبت بذلك اه ثم نقل عن شرح أدب القضاء أنه ذكر فى موضع أن القاضى
انما يصير قاضيا اذا بلغ الى الموضع ألا ترى أن الاول لا ينعزل ما لم يبلغ هو البلد وفى موضع آخر ينبغى له أن يتقدم
نائبه قبل وصوله ليتعرف عن احوال الناس اه فالاول يفيد أنه لا يملكه قبل وصوله الا أن يقال ان قاضى
القضاة مأذون بذلك من السلطان وهو الواقع الآن اه ملخصا قلت وما نقله ثانيا صريح فى أن له الانابة
قبل وصوله والتعليل بالتعرف عن احوال الناس لا ينافى أن للنائب القضاء قبل وصول المنيب لان التعرف
يكون بالقضاء فحينئذ اذا وصل نائبه فالظاهر انعزال الاول لان النائب قائم مقام المنيب وقد عللوا لعدم انعزال
الاول قبل وصول الثانى بصيانة المسلمين عن تعطيل قضاياهم وبوصول نائب الثانى لا تتعطل قضاياهم وحيث كان
الواقع الآن هو الاذن من السلطان فلا كلام وبه اندفع ما قيل انه لا يعول على ما أفتى به فى البحر (قوله الا اذا
فوض اليه) ومثله نائب القاضى قال فى البحر وفى الخلاصة الخليفة اذا أذن للقاضى فى الاستخلاف فاستخلف
رجلا وأذن له فى الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم اه (قوله كقوله ول من شئت واستبدل) هذا
تنظير لا تمثيل اى فانه فى الدلالة يملك الاستخلاف والعزل نظير ما لو صرح بهما (قوله او استخلف من شئت)
لا يصح عطفه على قوله واستبدل لانه يقتضى أنه لو قال ول من شئت واستخلف من شئت يملك العزل أيضا
وليس كذلك لان استخلف بمعنى ول بل نص فى البحر فى هذه الصورة على أنه لا يملك العزل فتعين عطفه على قوله
ول وعليه فكان المناسب أن يقول كقوله ول او استخلف من شئت واستبدل (قوله فان قاضى القضاة الخ)
فى موضع التعليل لقوله وفى الدلالة يملكهما (قوله فيهم) اى فى القضاة (قوله تقليدا وعزلا) تفسير للاطلاق
(قوله فانه يستخلف بلا تفويض) فان كان قبل شروعه لحدث أصابه لم يجز أن يستخلف الا من كان شهد
الخطبة وان بعد الشروع فاستخلف من لم يشهدها جاز نهر اى لانه بان وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح
وقد وجد فى حق الاصل فتح واعترض بما لو استخلف شخصا لم يشهد الخطبة ثم افسد صلاته ثم افتتح بهم
الجمعة فانه يجوز وأجيب بأنه لما صح شروعه فيها وصار خليفة للاول التحق بمن شهدها واستظهر فى العناية
الجواب بالحاقه بالبانى لتقدم شروعه فيها (قوله للاذن دلالة) لان المولى عالم بتوقتها وانه اذا عرض عارض
فاتت لا الى خلف ومعلوم أن الانسان غرض للاعراض فتح قال فى النهر وهو ظاهر فى جواز الاستخلاف

٣ مطلب في استخلاف القاضي نائبا عنه

لكن مامر عن الاشباه لا يضرب
٣ المحبوس الا فى ثلاث يفيده فتامل
عند الفتوى وسيجئ حبس
الولى بدين الصغير (لا) يحبس
(اصل) وان علا (فى دين فرعه)
بل يقضى القاضى دينه من عين
ماله او قيمته والصحيح عندهما بيع
عقاره كمنقوله بحر فليحفظ
(ولا يستخلف قاض) نائبا (الا اذا
فوض اليه) صريحا كول
من شئت او دلالة كجعلتك قاضى
القضاة والدلالة هنا اقوى لان فى
الصريح المذكور يملك الاستخلاف
لا العزل وفى الدلالة يملكهما كقوله
ول من شئت واستبدل او استخلف
من شئت فان قاضى القضاة هو
الذى يتصرف فيهم مطلقا تقليدا
وعزلا (بخلاف المأمور باقامة
الجمعة) فانه يستخلف بلا تفويض
للاذن دلالة ابن ملك وغيره

قوله غرض للاعراض الاول بالغين
المعجمة وهو الهدف الذى يرمى اليه
والثانى بالمهملة جمع عرض بمعنى
عارض فالانسان مشبه بالهدف
والاعراض مشبهة بالسهام اه
منه

للمرض ونحوه وتقييد الزيلعيّ بالحدث لا دليل عليه وقدمنا في الجمعة مسألة الاستنابة بغير عذر فارجع اليه اه وحاصل ما مرّ في الجمعة أنه قيل لا يصح الاستخلاف بلا اذن السلطان الا اذا سبقه الحدث فيها وقيل ان لضرورة جاز أي لحدث اوغيره والا فلا وقيل يجوز مطلقا وعليه مشى في شرح المنية والبحر والنهر وكذا الشرنبلالي والمصنف والشارح (قوله وماذكره منلا خسرو) اى في الدرر والغرر من باب الجمعة من أنه لا يستخلف للصلاة ابتداء بل بعد ما احدث الا اذا كان مأذونا من السلطان بالاستخلاف اه وهو ما مرّ عن الزيلعيّ (قوله وقدمرّ في الجمعة) ومرّ أيضا هنالك عن العلامة محب الدين بن جرباش في النجعة في تعدد الجمعة أن اذن السلطان باقامة الخطبة شرط أول مرة للباني فيكون الاذن منسحبا لتولية النظار الخطباء واقامة الخطيب نائبا ولا يشترط الاذن لكل خطيب اه بحر وقدمنا هنالك نحوه عن فتاوى ابن الجلبي وذكرنا هنالك أن معناه أن اذن السلطان شرط في أول مرة فاذا أذن لشخص باقامتها كان له الاذن لآخر وللآخر الاذن لآخر وهكذا وليس المراد أن اذن السلطان باقامتها أول مرة يكون اذنا لكل من أراد اقامتها في ذلك المسجد بدون اذن من السلطان اومن مأذونه كما يوهمه ظاهر العبارة وتقدم تمامه فراجعه (قوله المفوض اليه) بالجر نعت للقاضي (قوله بغير تفويض منه) اى من السلطان درر (قوله كوكيل وكل) اى باذن الموكل فانه لا يملك عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصيّ حيث يملك الايصاء الى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لرضى الموصى بذلك دلالة لعجزه بحر (قوله وكذا لا ينعزل أيضا بعزله) أي لا ينعزل النائب بعزل القاضي اى بعزل السلطان له (قوله ولا بموته) اى موت القاضي المستنيب (قوله ولا بموت السلطان) اى لا ينعزل النائب به كما لا ينعزل المستنيب بخلاف موت الموكل فانه ينعزل به الوكيل والفرق كما في وكالة الزيلعيّ أن السلطان عامل للمسلمين فلا ينعزل بموته القاضي الذي ولاه هو أوولاه القاضي باذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه (قوله بل بعزله) اى بعزل السلطان للنائب (قوله واعتمده في الدرر) اى في متنها حيث قال ولا ينعزل اى نائب القاضي بخروجه اى القاضي عن القضاء وقال في الملتقى فنائبه لا ينعزل بعزله ولا بموته بل هو نائب السلطان الاصيل اه فالضمير راجع الى عدم عزل النائب بموت القاضي اوبعزله ط (قوله وتمامه في الاشباه) قال فيها فتحرر من ذلك اختلاف المشايخ في انعزال النائب بعزل القاضي وموته وقول البزازي الفتوى على أنه لا ينعزل بعزل القاضي يدل على أن الفتوى على أنه لا ينعزل بموته بالاولى ثم نقل عن التتارخانية القاضي رسول عن السلطان في نصب النوّاب اه ط (قوله وفي فتاوى المصنف الخ) حيث سئل عما ذكره ابن الغرس من أن نائب القاضي في زماننا ينعزل بعزله أوبموته فانه نائبه من كل وجه أجاب لا يعتمد على ماذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب فقد نقل الثقات أن النائب لا ينعزل بعزل الاصيل ولا بموته قال الزيلعيّ من كتاب الوكالة لا يملك القاضي الاستخلاف الا باذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضي الاول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما ولا ينعزلان بموته وهو المعتمد في المذهب ولم نر خلافا في المسألة والله سبحانه اعلم اه لكن الخلاف موجود كما مرّ عن الاشباه (قوله صح قضاؤه لوأهلا) في التتارخانية عن المحيط ولوأن السلطان لم يأذن له في الاستخلاف فامر رجلا فحكم بين اثنين لم يجز حكمه ثم ان القاضي لو أجاز ذلك الحكم ينظر ان كان بحال يجوز حكمه لو كان قاضيا جاز امضاء القاضي حكمه وان كان بحال لا يجوز حكمه لو كان قاضيا ينظر ان كان مما يختلف فيه الفقهاء كالحدود في القذف جاز امضاؤه ذلك وان كان عبدا اوصبيا لم يجز (قوله بل لوقضى فضوليّ) اى من غير استخلاف اصلا (قوله اوهو) اى القاضي كما لو كان مولى في كل اسبوع يومين فقضى في غير اليومين توقف قضاؤه فان أجازه في نوبته جاز جامع الفصولين (قوله في القضاء) اى ليس خاصا بعقد نحو البيع والنكاح (قوله ففوض لغيره صح) ظاهره ولو بدون الاذن الصريح لانه مأذون دلالة للعلم بأن قضاءه بنفسه لا يصح تامل (قوله ولوعتق الخ) ومثله لوفوض لكافر فأسلم فهو على قضائه عند محمد كما قدمناه عند قوله اهله اهل الشهادة وقدمنا هنالك وجه الفرق بينهما وبين الصبيّ حيث يحتاج الى تجديد التفويض (قوله خرج الحكم) فانه اذا رفع حكمه الى قاض أمضاه ان وافق مذهبه والا أبطله لان حكمه لا يرفع خلافا كما يأتي في التحكيم ح (قوله ودخل الميت الخ) وكذا قاضي البغاة فاذا رفع الى قاضي العدل نفذه كما ذكره الشارح عند

وماذكره منلا خسرو قال في البحر لا اصل له وانما هو وهم فهمه من بعض العبارات وقدمرّ في الجمعة (نائب القاضي المفوض اليه الاستنابة) فقط لا العزل (نائب عن الاصيل) وهو السلطان وحينئذ (فلا) يملك أن (يعزله القاضي بغير تفويض منه) للعزل أيضا كوكيل وكل (و) كذا (لا ينعزل) أيضا (بعزله) ولا بموته ولا بموت السلطان بل بعزله زيلعيّ وعيني وابن ملك وغيرهم في الوكالة واعتمده في الدرر والملتقى وفي البزازية وعليه الفتوى وتمامه في الاشباه وفي فتاوى المصنف وهذا هو المعتمد في المذهب لا ماذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب (ونائب غيره) اى غير المفوض اليه (ان قضى عنده او) في غيبته و (اجازه) القاضي (صح) قضاؤه لوأهلا بل لوقضى فضوليّ اوهو في غير نوبته وأجازه جاز لان المقصود حصول رأيه بحر قال وبه علم دخول الفضوليّ في القضاء (فرع) في الاشباه والمنظومة المحبية لوفوض لعبد ففوض لغيره صح ولوحكم بنفسه لم يصح ولوعتق فقضى صح بخلاف صبيّ بلغ (واذا رفع اليه حكم قاض) خرج الحكم ودخل الميت والمعزول

قول المصنف فيما ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر وأهل البغى وقدمنا فيه ثلاثة
اقوال وأن المعتمد أنه ينفذه وافق رأيه اولا فافهم (قوله والمخالف لرأيه) اى رأى القاضى المرفوع اليه
الحكم لكن فيه تفصيل يأتى قريبا وأما لو كان القاضى الاول حكم بخلاف رأيه فسيأتى فى قول المصنف قضى فى
مجتهد فيه الخ (قوله لانه نكرة الخ) تعليل لقوله ودخل الخ قصد به الرد على الزيلعى حيث ذكر أن كلام
المصنف يوهم اختصاصه بما اذا كان موافقا لرأيه وقد تبع الشارح فى هذا التعليل صاحب البحر وفيه نظر وكان
المناسب أن يقول بدله لانه مطلق عن التقييد أما العموم فممنوع لما صرحوا به فى كتب الاصول كالتحرير وغيره
من أن النكرة انما تعم نصا اذا وقعت فى سياق النفى ومنه وقوعها فى الشرط المثبت اذا كان يمينا لانها تكون على
النفى كقوله ان كلمت رجلا فعبدى حر فان الحلف على نفيه فالمعنى لا اكلم رجلا فهى نكرة فى سياق النفى فتعم
ولهذا لا تعم فى الشرط المثبت مثل ان لم اكلم رجلا لانه على الاثبات كانه قال لا كلمن رجلا فلا تعم وأما الشرط فى
غير اليمين مثل ان جاءك رجل فأطعمه فليس نصا فى العموم ومثله ما نحن فيه فافهم (قوله اذ حكم نفسه قبل
ذلك) اى قبل الرفع اليه كذلك اى كحكم قاض آخر فى أنه ينفذه اذا رفع اليه ويكون هذا رافعا للخلاف فيه
ولا يحتاج فى نفوذه على المخالف الى قاض آخر لكن ذكر ذلك ابن الغرس سؤالا وأجاب عنه بأنه لا يصح لانه غير
ممكن شرعا اذ القاضى لا يقضى لنفسه بالاجماع والحكم به حكم بصحة فعل نفسه فيلغو اهـ قلت هذا ظاهر
بالنسبة الى رفع الخلاف أما بالنسبة الى منع الخصم والزامه به فلا فتأمل (قوله نفذه) اى يجب عليه تنفيذه
(قوله لو مجتهدا فيه) بنصب مجتهدا خبر الكان المقدرة بعد لو واسمها ضمير عائد الى حكم العائد اليه ضمير نفذه
ثم اعلم انهم قسموا الحكم ثلاثة أقسام قسم يرد بكل حال وهو ما خالف النص او الاجماع كما يأتى وقسم يمضى بكل
حال وهو الحكم فى محل الاجتهاد بأن يكون الخلاف فى المسألة وسبب القضاء وامثلته كثيرة منها لو قضى بشهادة
المحدودين بالقذف بعد التوبة وكان يراه كشافعى فاذا رفع الى قاض آخر لا يراه كحنفى يمضيه ولا يبطله وكذا
لو قضى لامرأة بشهادة زوجها وآخر اجنبى فرفع لمن لا يجيز هذه الشهادة امضاه لان الاول قضى بمجتهد فيه
فينفذ لان المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن شهادة هؤلاء هل تصير حجة للحكم ام لا فالخلاف فى المسألة وسبب الحكم
لا فى نفس الحكم وكذا لو سمع البينة على الغائب بلا وكيل عنه وقضى بها ينفذ لان المجتهد فيه سبب القضاء
وهو أن البينة هل تكون حجة بلا خصم حاضر فاذا رآها صح وسيأتى اختلاف الترجيح فى الاخيرة وقسم
اختلفوا فيه وهو الحكم المجتهد فيه وهو ما يقع الخلاف فيه بعد وجود الحكم فقيل ينفذ وقيل يتوقف على امضاء
قاض آخر وهو الصحيح كما فى الزيلعى وغيره وبه جزم فى الخانية وحكى ابن الشحنة فى رسالته المؤلفة فى الشهادة
على الخط عن جده ترجيح الاول فاذا رفع الى الثانى فأمضاه يصير كان القاضى الثانى حكم فى فصل مجتهد فيه
فليس للثالث نقضه ولو أبطله الثانى بطل وليس لاحد أن يجيزه كما لو قضى لولده على اجنبى أو لامرأته أو كان
القاضى محدودا فى قذف لان نفس القضاء مختلف فيه وسيشير الشارح الى القسم الاخير وتمام الكلام على
ذلك فى رسالة ابن الشحنة المذكورة والبزازية وسيأتى له مزيد تحقيق (قوله عالما) حال من قول
المصنف قاض آخر وساغ مجىء الحال منه وهو نكرة لتخصصها بالوصف وهو آخر ولا يصح كونه خبرا بعد خبر
الكان المقدرة بعد لو فى قوله لو مجتهدا فيه لان الضمير المستتر فيها عائد الى الحكم كما علمت فيلزم أن يكون الضمير
المستتر فى عالما عائدا الى الحكم أيضا ولا يصح (قوله عالما باختلاف الفقهاء فيه الخ) أقول ذكر ذلك أيضا
فى البحر فذكر أن هذا شرط نفاذ القضاء فى ظاهر المذهب ثم ذكر عبارة الخلاصة ثم قال والتحقيق المعتمد أن علمه
بكون ما حكم به مجتهدا فيه شرط وأما علمه بكون المسألة اجتهادية فلا ويدل عليه ما فى الفتاوى الصغرى
اهـ ثم ذكر مسألة قضاء القاضى مخالفا رأيه وأطال الكلام عليها وسيذكرها المصنف فى قوله قضى
فى مجتهد فيه بخلاف رأيه الخ ويأتى الكلام عليها وهذه غير مسألة اشتراط العلم التى نحن فيها ولم يوفها
صاحب البحر حقها حتى اشتبهت على بعض المحشين فتكلم عليها بما قالوه فى المسألة الثانية الآتية مع انهما
مسألتان متغايرتان فافهم ومسألة اشتراط العلم وقع فيها نزاع وقد ألف فيها العلامة المحقق الشيخ قاسم رسالة
حاصلها أن وضع المسألة المذكورة فى قضاء القاضى المجتهد فى حادثة له فيها رأى مقرر قبل قضائه فى تلك
الحادثة التى قصد فيها المتفق عليه فحصل حكمه فى المحل المختلف فيه وهو لا يعلم ثم بان أن قضاءه هذا على خلاف

مطلب
فى عموم النكرة فى سياق الشرط

مطلب
ما ينفذ من القضاء وما لا ينفذ

والمخالف لرأيه لانه نكرة فى سياق
الشرط فتعم فافهم (آخر) قيد
اتفاقى اذ حكم نفسه قبل ذلك
كذلك ابن كمال (نفذه) اى ألزم
الحكم والعمل بمقتضاه لو مجتهدا فيه
عالما باختلاف الفقهاء فيه فلو لم
يعلم لم يجز قضاؤه ولا يمضيه الثانى
فى ظاهر المذهب زيلعى وعينى
وابن كمال لكن فى الخلاصة ويفتى
بخلافه وكأنه تيسيرا فليحفظ

مطلب
مهم فى قولهم يشترط كون القاضى
عالما باختلاف الفقهاء

رأيه المقرر قبل هذه الحادثة فحينئذ لا ينفذ قضاؤه وأما اذا وافق قضاؤه رأيه فى المسألة ولم يعلم حال قضائه أن فيها خلافا فلم يقل احد من علماء الاسلام بأنه لا ينفذ قضاؤه خلافا لمن زعم ذلك وبيان ذلك بالنصوص الصريحة منها قول الامام حسام الدين الشهيد فى الفتاوى الصغرى اذا قضى فى فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا ينفذ فانه ذكر فى السير الكبير رجل مات وله مدبرون حتى عتقوا ثم جاء رجل وأثبت دينا على الميت فباعهم القاضى على ظن أنهم عبيد وقضى بجوازه ثم ظهر انهم مدبرون كان قضاؤه بذلك باطلا وان قضى فى فصل مجتهد فيه وهو جواز بيع المدبر لكن لما لم يعلم بذلك كان باطلا اهـ فعلم أن الضابط اخذ من فرع وقع فيه القضاء على خلاف رأيه السابق وهو أن المدبر لا يباع فلذا كان قضاؤه باطلا وعدم العلم دليل بقاء رأيه السابق أما لو كان عالما وقضى على خلاف رأيه السابق حمل على تبدل اجتهاده بدليل ما فى السير الكبير فى باب الفداء الذى يرجع الى اهله حيث قال مات وله رقيق وعليه دين كثير فباع القاضى رقيقه وقضى دينه ثم قامت البينة لبعضهم أن مولاه كان دبره فان بيع القاضى فيه يكون باطلا ولو كان القاضى عالما بتدبيره واجتهد وأبطل تدبيره لكونه وصية وباعه فى الدين ثم ولى قاض آخر يرى ذلك خطأ فانه ينفذ قضاء الاول الخ فعلم أن عدم النفاذ ليس هو لعدم العلم بل لكونه بيع الحر وقال الحسام أيضا قال فى كتاب الرجوع عن الشهادة اذا قضى القاضى بشهادة محدودين فى قذف وهو لا يعلم بذلك ثم ظهر لا ينفذ قضاؤه وهو محمول على محدودين شهدا بعد التوبة كما فى قضاء شرح الجامع ومن المعلوم أن قضاءه هذا على خلاف رأيه المقرر قبل ذلك فلذا لم ينفذ فعدم النفاذ لعدم صحة الشهادة لا لعدم العلم فاذا ظهر أن هذا فى قضاء القاضى المجتهد وأن اعتبار العلم وعدمه انما هو للدلالة على البقاء على الاجتهاد الاول او تبدله وأنه لو كان على وفق رأيه نفذ وان لم يعلم بالخلاف ظهر لك أن اعتبار هذا فى القاضى المقلد جهالة فاحشة وخرق لما أجمعت عليه الامة فى أن المقلد اذا قضى بقول امامه مستوفيا للشروط نفذ قضاؤه سواء علم أن فى المسألة خلافا اولا وصار المختلف فيه بقضائه متفقا عليه كما صرحت به نصوص المختصرات والمطولات وامتنع نقضه بالاجماع هذا خلاصة ما فى تلك الرسالة وحاصله أن اشتراط كون القاضى المجتهد عالما بالخلاف انما هو لبيان أن الموضع المختلف فيه الذى لم يقصد الحكم به لعدم علمه به كصحة بيع المدبر وقبول شهادة المحدود لا يصير محكوما به فى ضمن الحكم الذى قصده وهو بيع عبد المديون لقضاء دينه وقبول شهادة العدل فى الصورتين السابقتين ونحوهما اذ لا وجه لصيرورته محكوما به مع عدم علمه به وقصده له ومع كونه مخالفا لرأيه بخلاف ما اذا كان عالما به وقصد الحكم به فانه وان خالف رأيه يصح حكمه به ويكون ذلك رجوعا عن رأيه السابق لتغير اجتهاده فينفذ واذا رفع الى قاض آخر أمضاه وهذا كلام فى غاية التحقيق وحيث كان هذا هو ظاهر الرواية فلا يعدل عنه وكأن صاحب الخلاصة فهم أن المراد اشتراط علمه بالخلاف فيما قصد الحكم به اولم يقصد فلذا قال ويفتى بخلافه ولا سيما ان كان فهم ايضا انه شرط فى المجتهد وغيره اذ لا شك فى عسر ذلك ولا سيما على قضاة زماننا فافهم والله سبحانه اعلم (قوله بعد دعوى صحيحة الخ) الظرف متعلق بحكم فى قوله حكم قاض او بمحذوف خبر أيضا لكان المقدرة بعد لو فى قوله لو مجتهدا فيه قال فى البحر أول كتاب القضاء فان فقد هذا الشرط لم يكن حكما وانما هو افتاء صرح به الامام السرخسى وبأنه شرط لنفاذ القضاء فى المجتهدات ونقل الشيخ قاسم فى فتاواه الاجماع عليه ثم قال هنا فى البحر فالحاصل أن الحكم المرفوع لا بد أن يكون فى حادثة وخصومة صحيحة كما صرح به العمادى والبزازى وقالا حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء لانه فتوى اهـ فلو رفع الى حنفى قضاء مالكى بلا دعوى لم يلتفت اليه ويحكم بمقتضى مذهبه ولا بد فى امضاء الثانى لحكم الاول من الدعوى أيضا كما سمعت اهـ اى لا بد فى حكم الثانى اذا رفع اليه حكم الاول من أن يكون أيضا بعد دعوى صحيحة كما نقله قبله عن البزازية وهذه الدعوى والخصومة تسمى الحادثة لحدوثهما عند القاضى ليحكم بها بخلاف ما كان من لوازم تلك الحادثة فانه لم يحدث بدون الخصومة فيه فلذا لم يصح حكمه به قبلها كما يأتى بيانه فى الموجب قريبا * ثم اعلم أن اشتراط تقدم الدعوى انما هو فى القضاء القصدى القولى دون الضمنى والفعلى كما سنحققه فى الفروع وكذا ما تسمع فيه الدعوى حسبة ومنه الوقف كما يأتى قريبا (قوله والا) اى وان لم يكن حكم الاول بعد دعوى صحيحة لم يكن قضاء صحيحا بل كان افتاء اى بيانا لحكم الحادثة واذا كان افتاء لم يلزم القاضى الثانى تنفيذه بل يحكم بمقتضى مذهبه

بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر والا كان افتاء فيحكم بمذهبه لا غير بحر

وافق حكم الاول او خالفه فافهم (قوله وسيجيء آخر الكتاب) أى فى مسائل شتى قبيل الفرائض وحاصله ماقدمناه عن البحر (قوله وأنه اذا ارتاب الخ) عطف على الضمير المستتر فى سيجيء فان هذا الحكم مذكور هنالك أيضا اه ح لكن هذا ذكره فى البحر وقال فى النهر ولم اجده لغيره وتبعه الحموى ط (قوله وقال) أى صاحب البحر وسبقه الى ذلك العلامة ابن الغرس (قوله وبه عرف) أى بما ذكر فانه افاد أن شرط صحة الحكم كونه بعد دعوى صحيحة الخ (قوله لترك ماذكر) فمؤداها احاطة القاضى الثانى علما بحكم القاضى الاول على وجه التسليم له وانه غير معترض عنده ويسمى اتصالا ويجوز بذكر الثبوت والتنفيذ فيه اه ابن الغرس قلت وللعلامة ابن نجيم صاحب البحر رسالة فى الحكم بلا تقدم الدعوى وقال فى آخرها واعلم أن هذا فيما تشترط فيه الدعوى وأما الوقف فالصحيح عدم اشتراطها لكونه حق الله تعالى فتقبل البينة بلا دعوى ويحكم به كما فى البزازية والظهيرية والعمادية وغيرها فعلى هذا الانكار على التنافيذ الواقعة فى زماننا لكتب الاوقاف لان حاصلها اقامة البينة على حكم قاض بالوقف فقولهم ان التنافيذ فى زماننا ليست أحكاما انما هو فى غير الوقف الخ اه ملخصا قلت لكن هذا ظاهر فى الوقف على الفقراء وفى اثبات مجرد كونه وقفا أما كونه موقوفا على فلان أو فلان وأن الواقف شرط كذا أو كذا فهذا حق عبد فلا بد فيه من دعواه لاثبات حقه وكذا فى اثبات شروطه كما يعلم مما ذكرناه فى كتاب الوقف فتأمل (قوله وقد تعارفوا الخ) هذا من متعلقات اشتراط صحة الدعوى من خصم على خصم حاضر لصحة القضاء وبيانه انه اذا وقع تنازع فى موجب خاص من مواجب ذلك الشيء الثابت عند القاضى ووقعت الدعوى بشروطها كان حكما بذلك الموجب فقط دون غيره فلو أقر بوقف عقار عند القاضى وشرط فيه شروطا وسلمه الى المتولى ثم تنازعا عند القاضى الحنفى فى صحته ولزومه فحكم بهما وبموجبه لا يكون حكما بالشروط فللشافعى أن يحكم فيها بمقتضى مذهبه ولا يمنعه حكم الحنفى السابق وتمامه فى الاشباه وذكر فى البحر أن القاضى اذا قضى بشيء فى حادثة بعد دعوى صحيحة لا يكون قضاء فيما هو من لوازمه الى أن قال فقد علمت من ذلك كثيرا من المسائل فاذا قضى شافعى بصحة بيع عقار وموجبه لا يكون حكما منه بأنه لا شفعة للجار لعدم حادثتها وكذا اذا قضى حنفى لا يكون حكما بأن الشفعة للجار وان كانت الشفعة من مواجبه لان حادثتها لم توجد وقت الحكم ولا شعور للقاضى بها وكذا اذا قضى مالكى بصحة التعليق فى اليمين المضافة لا يكون حكما بأنه لا يصح نكاح الفضولى المجاز بالفعل لعدمه وقته فافهم فان اكثر أهل زماننا عنه غافلون اه وكذا قال العلامة قاسم أما كون الحكم حادثة فاحتراز عما لم يحدث بعد كما لو حكم بموجب اجارة لا يكون حكما بالفسخ بموت احد المتواجرين لانه لم توجد فيه خصومة اه قلت وقد ظهر من هذا أن المراد بالموجب هنا الذى لا يصح به الحكم هو ما ليس من مقتضيات العقد فالبيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ودخوله فى ملك المشترى واستحقاق التسليم والتسلم فى كل من الثمن والمثمن ونحو ذلك فان هذه وان كانت من موجباته لكنها مقتضيات لازمة له فيكون الحكم به حكما بها بخلاف ثبوت الشفعة فيه للخليط أو للجار مثلا فان العقد لا يقتضى ذلك اى لا يستلزمه فكم من بيع لا تطلب فيه الشفعة فهذا يسمى موجب البيع ولا يسمى مقتضى وهذا معنى قول بعض المحققين من الشافعية ان الموجب عبارة عن الاثر المترتب على ذلك الشيء وهو والمقتضى مختلفان خلافا لمن زعم اتحادهما اذ المقتضى لا ينفك والموجب قد ينفك فالاول كانتقال الملك للمشترى بعد لزوم البيع والثانى كالرد بالعيب والموجب اعم لانه الاثر اللازم سواء كان ينفك اولا اه وهذا أحسن مما قاله العلامة ابن الغرس من أن موجب الشيء ما اوجبه ذلك الشيء واقتضاه فالموجب والمقتضى فى الاصل واحد ولكن يلزم من بعض الصور أن الموجب فى باب الحكم اعم وهو التحقيق اذ لو باع مدبره ثم تنازعا عند القاضى الحنفى فحكم بموجب ذلك البيع صح الحكم ومعناه الحكم ببطلان ذلك البيع ومن المعلوم أن الشيء لا يقتضى بطلان نفسه فظهر أن الحكم فى هذه الصورة لا يكون حكما بالمقتضى والا كان باطلا وكان للشافعى نقضه والحكم بصحة البيع اذ لا مقتضى للبيع عند الحنفى لانه باطل ويصح عند الحنفى أن يقال موجب هذا البيع البطلان اه ملخصا وانما قلنا ان ما مر أحسن لانه يرد على ما قاله ابن الغرس أنه كما يقال ان الشيء لا يقتضى بطلان نفسه فكذلك يقال انه لا يوجب بطلان نفسه فدعواه اتحادهما فى الاصل بمعنى واحد وأن هذا السبب هو الداعى الى الفرق بينهما هنا غير مسلم فالظاهر أن الفرق

مطلب مهم فى الحكم بالموجب

وسيجيء آخر الكتاب وأنه اذا ارتاب فى حكم الاول له طلب شهود الاصل قال وبه عرف أن تنافيذ زماننا لا تعتبر لترك ماذكر وقد تعارفوا فى زماننا القضاء بالموجب

مطلب الموجب على ثلاثة أقسام

بينهما هو اشتراط عدم الانفكاك فى المقتضى لافى الموجب فالموجب اعمّ فالحكم بالموجب عندنا لايصح مالم يكن حادثة بأن وقع فيه الترافع والتنازع عند الحاكم كما مرّ فاذا وقع التنازع فى صحة البيع ولزومه فحكم بموجب ذلك البيع كان حكما بصحته و بباقى مقتضياته الشرعية التى لاتنفك عنه كملك المشترى المبيع ولزوم دفعه الثمن ونحو ذلك بخلاف موجبه المنفك عنه كاستحقاق الجار الاخذ بالشفعة لعدم الحادثة كما قلنا ثم اعلم أنّ ابن الغرس ذكر أن الموجب على ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون امرا واحدا اوامورا يستلزم بعضها بعضا اولا فالاول كالقضاء بالاملاك المرسلة والطلاق والعتاق اذ لاموجب لهذا سوى ثبوت ملك الرقبة للعين والحرّية وانحلال قيد العصمة والثانى كما اذا ادّعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به فأنكر الدين فأثبته وحكم بموجب ذلك فالموجب هنا امران لزوم الدين للغائب ولزوم ادائه على الكفيل والثانى يستلزم الاول فى الثبوت والثالث كما اذا حكم شافعى بموجب بيع عقار اقتصر الحكم على ماوقعت به الدعوى فلا يكون حكما بأنه لاشفعة للجار وهكذا فى نظائره هذا حاصل ماقرّره ابن الغرس وتبعه فى النهر وزاد عليه قسما رابعا لكنه يرجع الى كونه شرطا للقسم الثانى كما يظهر بالتأمل لمن راجعه (تنبيه) قدّمنا آنفا عن البحر عن فتاوى الشيخ قاسم انه نقل الاجماع على أنّ تقدّم الدعوى الصحيحة شرط لنفاذ الحكم وأيد ذلك صاحب البحر فى رسالة ألفها فى ذلك ثم قال فقد استفيد مما فى هذه الكتب المعتمدة انه لافرق بين ما اذا كان القاضى حنفيا اوغيره الى أن قال ومما فرّعته على أن قضاء المخالف اذا رفع الينا فانا نمضيه فيما وقع حكمه به لافى غيره مالو قضى شافعى ببينة ذى اليد على خارج نازعه ثم تنازع ذواليد وخارج آخر عند حنفى فانه يسمع الدعوى ولا يمنعه قضاء الشافعى من سماعها بناء على أنّ مذهبنا أنّ القضاء بالملك لايكون قضاء على الكافة بل يقتصر على المقضى عليه وهو الخارج الاول وان كان مذهب الحاكم تعديه كما قدّمناه من أنّ قضاء المالكى بغير دعوى غير صحيح عندنا وان صح عنده فاذا رفع الينا لاننفذه وكذلك هنا لانتعرض لحكمه على الخارج الاول وأما الثانى فلم يقع حكمه عليه على مقتضى مذهبنا ومما فرّعته لوحجر شافعى على سفيه بعد دعوى صحيحة ثم رفعت الينا حادثة من تصرّفاته فانا نحكم بمذهب ابى يوسف ومحمد فى الحجر على السفيه فانهما وان وافقا الشافعى فى اصل الحجر لم يوافقاه فى انه يؤثر فى كل شئ وانما يؤثر عندهما فيما يؤثر فيه الهزل فاذا تزوّجت السفيهة التى حجر عليها شافعى ولم يرفع نكاحها اليه ولم يبطله بل رفع الى حنفى فله أن يحكم بصحته لو الزوج كفوا على قولهما المفتى به ولا يمنعه مذهب الحاجر لعدم وجود حادثة التزوّج وقت الحجر ولم تكن لازمة للحجر حتى تدخل ضمنا لقبول الانفكاك لجواز أن لاتتزوّج المحجورة اصلا وقد توقف فيه بعض من لا اطلاع له على كلامهم اه قلت ويعلم منه ما يقع الآن من وقوع التنازع فى صحة الاجارة الطويلة عند قاض شافعى فيحكم بصحتها وبعدم انفساخها بموت ولا غيره فان عدم الانفساخ بالموت لم يصر حادثة وقت الحكم لانّ الموت لم يوجد وقته فللحنفى أن يحكم بالفسخ بالموت كما افتى به فى الخيرية وذكر ابن الغرس من هذا القبيل مالو وهب ابنه وسلمه العين الموهوبة وقضى شافعى بالموجب ثم بعد مدّة رجع الواهب فى هبته وترافعا عند القاضى الحنفى فحكم ببطلان الرجوع قال وقد حصل التنازع فى هذه المسألة بين اهل المذهبين فقال القاضى الشافعى حكم الحنفى باطل لانى حكمت قبله بموجب الهبة ومن موجبها عندى أن الاب يملك الرجوع والحكم فى الخلافية يجعلها وفاقية وقال القاضى الحنفى الرجوع حادثة مستقلة وجدت بعد الحكم الاوّل بمدّة طويلة فكيف تدخل تحت حكمه واجيب فيها بأنّ الموجب هنا امور هى خروج العين من ملك الواهب ودخولها فى ملك الموهوب له وملك الواهب الرجوع اذا كان ابا عند الشافعى وعدمه عند الحنفى فان كان التداعى عند القاضى ليس الا فى انتقال العين من ملك الواهب الى ملك الموهوب له اقتصر القضاء بالموجب على ذلك فاذا كان القاضى الاوّل شافعيا لايصير كون الاب يملك الرجوع محكوما به واذا كان حنفيا لايصير عدم ملكه ذلك محكوما به فللقاضى الثانى أن يحكم بمذهبه أى لانّ الامر الاوّل لا يستلزم الامر الثانى فى الثبوت قال فتبين أنّ القضاء فى حقوق العباد يشترط له الدعوى الموصلة له شرعا على وجه يحصل به المطابقة الا ما كان على سبيل الاستلزام الشرعى اى كما فى مسألة الكفالة المارّة وليس للقاضى أن يتبرع بالقضاء بين اثنين فيما لم يتخاصما اليه فيه اه ملخصا فاغتفر التطويل فى هذا المقام بما حواه من الفوائد العظام

(قوله

(قوله وهو عبارة عن المعنى) اى كخروج المبيع من ملك البائع ودخوله فى ملك المشترى ووجوب التسلم والتسليم ونحو ذلك من مقتضيات البيع ولوازمه فذلك المعنى المحكوم به المضاف الى البيع المتعلق به فى ظن القاضى شرعا هو الموجب هاهنا وهو الذى اقتضاه عقد البيع وأما الحكم بموجب بيع المدبر فهو المعنى الذى اضيف الى ذلك البيع فى ظن القاضى شرعا وهو كون ذلك البيع باطلا ولكن هذا المعنى ليس هو مقتضى ذلك البيع اذ البيع لا يقتضى بطلان نفسه اهـ ابن الغرس وظهر منه أن المراد بما فى قوله بما اضيف له هو البيع مثلا فان دخول المبيع فى ملك المشترى متعلق بذلك البيع ومضاف اليه شرعا فى ظن القاضى أى فى قصده من حيث انه يقضى به اى بقصد القضاء به وكذا غيره من مقتضيات البيع اللازمة له واحترز به عما لا يقصد القضاء به لعدم التنازع فيه كثبوت حق الشفعة وأفاد أن الموجب قد يكون مقتضى كما مثلنا وقد يكون غير مقتضى كبطلان بيع المدبر فانه موجب لا مقتضى على ما قرره سابقا فافهم ثم لا يخفى أن هذا التعريف مع ما فيه من التعقيد خاص بالموجب الذى وقع الحكم به صحيحا مع أن الموجب اعم منه فان المعنى المتعلق بذلك البيع المضاف اليه يصدق على ثبوت حق الشفعة فيه وثبوت ردّه بخيار عيب ونحو ذلك مما ليس من مقتضياته اللازمة له بدليل ما مرّ من أن الموجب قد يكون امورا يستلزم بعضها بعضا اولا يستلزم فالاظهر والاخصر تعريفه بما قدمناه من انه الاثر المترتب على ذلك الشئ وان اراد تخصيصه بما يقع به الحكم صحيحا عندنا نزيد على ذلك قولنا اذا صار حادثة فيخرج ما لا حادثة فيه كما لو حكم شافعى بموجب بيع بعد انكاره لا يكون حكما بثبوت خيار المجلس مثلا مما ليس من لوازمه ومثله ما قدمناه من مسألة الهبة وغيرها هذا ما ظهر لى فى هذا المحل فتأمل (قوله فاذا قال الموثق) هو كاتب القاضى الذى يكتب الوثيقة وهى المسماة حجة فى زماننا (قوله وبه ظهر أن الحكم بالموجب اعمّ) أى من المقتضى فانّ بطلان بيع المدبر موجب لا مقتضى لما ذكره فكل مقتضى موجب ولا عكس والضمير فى به عائد الى قوله ولو قال الموثق الخ فان الشارح اقتصر على التمثيل ببيع المدبر الذى هو من أفراد الموجب لينبه على أنّ الموجب لا يلزم كونه مقتضى فلا يرد ما قيل ان الذى ظهر من عبارته أنّ بينهما التباين لا العموم فافهم (قوله مجمع) لم يمثل له فى شرحه قال ط والمراد به كما رأيته بهامشه نحو القضاء بسقوط الدين عند ترك المطالبة بسنين (قوله لم يختلف فى تأويله السلف) الجملة صفة كتابا والمراد بالسلف الصحابة والتابعون رضى الله تعالى عنهم اجمعين لقول الهداية المعتبر الاختلاف فى الصدر الاول وهم الصحابة والتابعون اهـ وعليه فلا يعتبر اختلاف من بعدهم كمالك والشافعى وسيأتى انه خلاف الاصح (قوله كمتروك تسمية) أى عمدا فانه مخالف لظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه بناء على أنّ الواو فى قوله وانه لفسق للعطف والضمير راجع الى مصدر الفعل الذى دخل عليه حرف النهى اوالى الموصول واحتمال كونها حالية فتكون قيدا للنهى ردّ بأنّ التأكيد بانّ واللام ينفيه لانّ الحال فى النهى مبناه على التقدير كانه قيل لا تأكلوا منه ان كان فسقا فلا يصلح وانه لفسق بل وهو فسق ولو سلم فلا نسلم انه قيد للنهى بل هو اشارة الى المعنى الموجب له كلا تهن زيدا وهو أخوك ولا تشرب الخمر وهو حرام عليك نهر موضحا وتمامه فى رسالة ابن نجيم المؤلفة فى هذه المسألة (قوله أوسنة مشهورة) قيد بالمشهورة احترازا عن الغريب زيلعى ولا بدّ هاهنا من تقييد الكتاب بأن لا يكون قطعى الدلالة وتقييد السنة بأن تكون مشهورة اومتواترة غير قطعية الدلالة والا فمخالفة المتواتر من كتاب اوسنة اذا كان قطعى الدلالة كفر كذا فى التلويح وأما اذا وقع الخلاف فى انه مؤول اوغير مؤول فلا بدّ أن يترجح احد القولين بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد فى بعض أفراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد ام لا كذا فى الفتح وظاهر كلامهم يعطى أنّ آية التسمية على الذبيحة لا تقبل التأويل بل هى نص فى المدّعى وفيه نظر يظهر مما مرّ نهر اى مما مرّ من احتمال اوجه الاعراب على انه اذا كان المراد من النص ظنى الدلالة كما مرّ فنى عدم نفاذ الحكم بمعارضه نظر ظاهر كما قاله العلامة ابن امير حاج فى شرح التحرير ثم قال والذى يظهر أنّ القضاء بحل متروك التسمية عمدا وبشاهد ويمين ينفذ من غير توقف على امضاء قاض آخر وبيع أمهات الاولاد لا ينفذ ما لم يمضه قاض آخر اهـ قلت لكن قد علمت أن عدم النفاذ فى متروك التسمية مبنى على انه لم يختلف فيه السلف وانه لا اعتبار بوجود الخلاف بعدهم وحينئذ فلا يفيد احتمال الآية اوجها من الاعراب نعم على ما يأتى من تصحيح اعتبار اختلاف من بعدهم يقوى هذا البحث ويؤيده ما فى الخلاصة من أنّ القضاء

قوله فاذا قال الخ هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح ولو قال الخ وهو الموافق لقول المحشى فى القولة التى بعدها والضمير فى به عائد الى قوله ولو قال الموثق الخ اهـ مصححه

مطلب
فى الحكم بما خالف الكتاب اوالسنة اوالاجماع

وهو عبارة عن المعنى المتعلق بما اضيف اليه فى ظن القاضى شرعا من حيث انه يقضى به فاذا حكم حنفى بموجب بيع المدبر كان معناه الحكم ببطلان البيع ولو قال الموثق وحكم بمقتضاه لا يصح لانّ الشئ لا يقتضى بطلان نفسه وبه ظهر أن الحكم بالموجب اعمّ نهر (الاما) عرى عن دليل مجمع او (خالف كتابا) لم يختلف فى تأويله السلف كمتروك تسمية (اوسنة مشهورة)

بحل متروك التسمية عمدا جائز عندهما لا عند أبي يوسف وكذا ما في الفتح عن المنتقى من أن العبرة في كون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال في الفتح ولا يخفى أن كل خلاف بيننا وبين الشافعي أو غيره محل اشتباه الدليل فلا يجوز نقضه بلا توقف على كونه بين الصدر الاول والذى حققه في البحر أن صاحب الهداية أشار الى القولين فانه ذكر أولا عبارة القدوري وهي واذا رفع اليه حكم حاكم امضاه الا أن يخالف الكتاب او السنة او الاجماع وذكر ثانيا عبارة الجامع الصغير وهي وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه فما ذكره اصحاب الفتاوى من المسائل الآتية التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي مبني على عبارة القدوري لا على ما في الجامع ومن قال لا اعتبار بخلاف مالك والشافعي اعتمد قول القدوري ومن قال باعتباره اعتمد ما في الجامع وفي الواقعات الحسامية عن الفقيه ابي الليث وبه اى بما في الجامع نأخذ لكن في شرح ادب القضاء أن الفتوى على ما في القدوري اهـ ملخصا فقد ظهر أنهما قولان مصححان والمتون على ما في القدوري والاوجه ما في الجامع ولذا رجحه في الفتح كما يأتي أيضا (قوله كتحليل بلا وطء) أى تحليل المطلقة الثلاث بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملا بقول سعيد بحر (قوله او اجماعا) المراد منه ما ليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعي بحر (قوله كحل المتعة) أى كالقضاء بصحة نكاح المتعة كقوله متعيني بنفسك عشرة ايام فلا ينفذ بخلاف القضاء بصحة النكاح الموقت بأيام اى بدون لفظ المتعة فانه ينفذ كما في الفتح وقدمنا عنه في النكاح ترجيح قول زفر بصحة النكاح الموقت بالغاء التوقيت فينعقد مؤبدا (قوله وكبيع أم ولد الخ) قال شمس الائمة السرخسي هذه المسألة تبتنى على أن الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعندهما لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعها ثم اجمع المتأخرون على عدمه فكان القضاء به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله القاضي الثاني وعندهما لم يرفع خلاف الصحابة وقع في محل اجتهاد فلا ينقضه الثاني لكن قال القاضي ابو زيد في التقويم ان محمدا روى عنهم جميعا أن القضاء ببيعها لا يجوز فتح وذكر في التحرير أن الاظهر من الروايات انه لا ينفذ عندهم جميعا لكن ذكر أيضا عن الجامع انه يتوقف على قضاء قاض آخر لان الاجماع المسبوق بخلاف مختلف في كونه اجماعا ففيه شبهة كخبر الواحد فكذا في متعلقه وهو ذلك الحكم المجمع عليه وقدمنا تمام الكلام على ذلك في باب الاستيلاد (قوله ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين) مقتضاه انه لا ينفذ واذا رفع الى قاض آخر أبطله مع انه قال في الفتح فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في اقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا اهـ وفي ط عن الهندية ذكر في كتاب الاستحسان انه ينفذ على قول الامام لا على قول الثاني اهـ (قوله لمخالفته الخ) الاولى ذكره عقب المسألة الثانية ليكون علة للمسألتين (قوله البينة على من ادعى) كذا في البحر وفي الفتح على المدعي (قوله او بقصاص الخ) أى اذا قضى القاضي بالقصاص بيمين المدعي أن فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كما هو قول مالك لا ينفذ لمخالفته السنة المشهورة البينة على المدعي واليمين على من انكر وتمامه في الفتح (قوله او بصحة نكاح المتعة أو الموقت) لعل الصواب لا الموقت بلا النافية لما قدمناه قريبا عن الفتح من نفاذ القضاء بصحة الموقت ونقل ط مثله عن الهندية ولم أر من ذكر عدم نفاذه (قوله او بصحة بيع معتق البعض) في الهندية عن الظهيرية رجل اعتق نصف عبده او كان العبد بين اثنين اعتقه احدهما وهو معسر وقضى القاضي للآخر في بيع نصيبه فباع ثم اختصما الى قاض آخر لا يرى ذلك ذكر الخصاف أن القاضي يبطل البيع والقضاء وحكى شمس الائمة الحلواني عن المشايخ أن ما ذكره الخصاف ليس فيه شيء عن اصحابنا ولولا قول الخصاف لقلنا انه ينفذ قضاؤه لانه قضاء في فصل مجتهد فيه اهـ ط (قوله او بسقوط الدين الخ) أى كما قال بعضهم اذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو في المصر بطل حقه فلا ينفذ القضاء به لانه قول مهجور فاذا رفع الى آخر أبطله وجعل المدعي على حقه كما في الخانية (قوله او بصحة طلاق الدور وبقاء النكاح) أى صحة التعليق في طلاق الدور لا صحة نفس الطلاق فاذا قال ان طلقتك فانت طالق قبله ثلاثا فان القبلية تلغو وتطلق ثلاثا لان صحة تعليق الثلاث تؤدي الى ابطاله فلو قضى قاض بصحة التعليق وبطلان الطلاق وابقاء النكاح لا ينفذ (قوله في بابه) اى في أول كتاب الطلاق وأوضحنا الكلام عليه هنالك فافهم (قوله وقضاء عبد) استشكل بأن العبد يصلح شاهدا عند مالك وشريح فيصلح قاضيا فاذا اتصل به امضاء قاض

تحليل بلا وطء لمخالفته حديث العسيلة المشهور (او اجماعا) كحل المتعة لاجماع الصحابة على فساده وكبيع ام ولد على الاظهر وقيل ينفذ على الاصح (و) من ذلك (ما) لو قضى بشاهد ويمين) المدعى لمخالفته للحديث المشهور البينة على من ادعى واليمين على من انكر (او بقصاص بيمين الولي واحدا من اهل المحلة او بصحة نكاح المتعة او الموقت او بصحة بيع معتق البعض او بسقوط الدين بمضي سنين او بصحة) طلاق (الدور وبقاء النكاح) كما مر في بابه (وقضاء عبد

آخر ينبغي أن ينفذ كما في المحدود في القذف ط عن الهندية (قوله مطلقا) أي سواء قضيا على حر أو عبد بالغ او صبي مسلم او كافر اه ح (قوله ابدا) محل ذكره بعد قوله لا ينفذ كما في عبارة الغرر (قوله وعدّ منها في الاشباه نيفا وأربعين) تقدم الكلام عليها آخر كتاب الوقف فراجعه (قوله وذكر في الدرر لما ينفذ سبع صور) حيث قال فان امضى قضاء من حدّ في قذف وتاب اوقضاء الاعمى اوقضاء امرأة بحدّ أو قود أو قضاء قاض لامرأته أو قاض بشهادة المحدود التائب وبشهادة الاعمى وقاض لامرأة بشهادة زوجها وقاض بحدّ أو قود بشهادتهما نفذ حتى لو أبطله ثان نفذه ثالث لان الاجتهاد الاول كالثاني والاول تأيد باتصال القضاء فلا ينقض باجتهاد لم يتأيد به لانه دونه اه قلت وفي هذه العبارة من الخفاء مالا يخفى لان القضاء في هذه السبع لا ينفذ مالم يمضه قاض آخر لان المجتهد فيه نفس القضاء لا المقضي به فهو القسم الثالث من الاقسام الثلاثة التي ذكرناها عند قول الشارح لو مجتهدا فيه فقول الدرر نفذ أي امضاء الماضي الثاني قضاء القاضي الاول المحدود في قذف الخ وقوله حتى لو أبطله ثان الخ صوابه حتى لو أبطله ثالث لم يبطل فتنبه لذلك فاني لم أر من نبه عليه لكن ماذكرنا من انه لا ينفذ قضاء الاول موافق لما في الزيلعي وهو ظاهر في الاربعة الاول دون الثلاثة الاخيرة بل هو نافذ فيها فيصح أن يقال فيها حتى لو أبطله ثان نفذه ثالث اى نفذ الثالث قضاء الاول لانه وقع نافذا فلم يصح ابطال الثاني له وهذا هو الموافق لما قدمناه في بيان الاقسام الثلاثة ويوضحه ما في الخانية والبزازية وغيرهما اذا كان نفس القضاء مختلفا فيه ورفع الى قاض آخر لا يراه له ابطاله واذا رفع الى من يراه ونفذه ثم رفع الى ثالث لا يرى ذلك ليس له ابطاله فلو كان القاضي هو المحدود في قذف فرفع حكمه الى قاض آخر لا يرى جوازه ابطله الثاني وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين لا يجوز فلو رفع الى آخر لا يراه جاز له ابطاله لانه كما لا يصلح شاهدا لامرأته لا يصلح قاضيا لها فان رفع القضاء الاول الى من يرى جوازه فأمضاه ثم رفع امضاء الثاني الى ثالث لا يرى جوازه امضى الثالث امضاء الثاني ولا يبطله وكذا قضاء الاعمى وكذا قضاء المرأة في حدّ أو قصاص وفيها أيضا لو قضى بشهادة محدود في قذف وهو يراه فرفع الى من لا يراه لا يبطله وكذا لو قضى بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص اه والحاصل أن الخلاف اذا كان بعد القضاء بأن كان المجتهد فيه نفس القضاء الاول لا ينفذ مالم ينفذه قاض ثان فيكون القضاء الثاني هو النافذ فاذا رفع الى ثالث وجب عليه تنفيذه ولا يصح ابطاله اياه بخلاف ما اذا كان المجتهد فيه نفس المقضي به قبل القضاء فان القضاء به نافذ بدون تنفيذ واذا رفع الى آخر نفذه وان لم يكن مذهبه وهذا ما مرّ في قوله واذا رفع اليه حكم قاض آخر نفذه وبخلاف ما خالف الدليل فانه لا ينفذ وان نفذه الف قاض كما قاله الزيلعي وهذا ما مرّ في قوله الا ما خالف كتابا او سنة مشهورة او اجماعا وبه تمت الاقسام الثلاثة فافهم واغتنم تحرير هذا المقام (قوله وسيجيء متنا) أي في باب كتاب القاضي الى القاضي ح (قوله خلافا لما ذكره المصنف شرحا) حيث عدّ هذه الصورة من جملة ما لا ينفذ لمخالفته الدليل لكن نقل ط عن الهندية حكاية قولين (قوله والفرق الخ) هذه تفرقة عرفية والا فقد قال تعالى وما اختلف فيه الا الذين اوتوه وما اختلف الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة ولا دليل لهم والمراد أنه خلاف لا دليل له بالنظر للمخالف والا فالقائل اعتمد دليلا ثم مسائل الخلاف التي لا ينفذ هاهي ما تقدمت في قوله الا ما خالف كتابا الخ ط (قوله الاصح نعم) وقيل انما يعتبر الخلاف في الصدر الاول قال في الفتح وعندي أن هذا لا يعوّل عليه فان صح أن مالكا وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والا فلا ولا شك انهم اهل اجتهاد ورفعة ويؤيده ما في الذخيرة خالع الاب الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها صح عند مالك وبرئ الزوج عنه فلو قضى به قاض نفذ وسئل شيخ الاسلام عطاء بن حمزة عن ابي الصغيرة زوّجها من صغير وقبل ابوه وكبر الصغيران وبينهما غيبة منقطعة وقد كان التزوج بشهادة الفسقة هل يجوز للقاضي أن يبعث الى شافعي المذهب ليبطل هذا النكاح بسبب انه كان بشهادة الفسقة قال نعم اه ط قلت والمسألة الثانية لم ارها في الفتح بل ذكر مسألة غيرها وذكر عبارته في البحر (قوله يوم الموت لا يدخل تحت القضاء) اى لا يقضى به قصدا بأن تنازع الخصمان في يوم موت آخر أنه كان في يوم كذا بخلاف ما اذا كان المقصود غيره كتقديم ملك احدهما ولذا قال في البزازية فان ادّعيا الميراث وكل منهما يقول هذا لي ورثته من ابي ان في يد ثالث ولم يؤرّخا او أرّخا تاريخا واحدا فأنصافا وان احدهما اسبق فهو له عند الامامين وليس فيه القول بدخول يوم الموت تحت القضاء لان

وصبي مطلقا و) قضاء (كافر على مسلم ابدا ونحو ذلك) كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة (لا ينفذ) في الكل وعدّ منها في الاشباه نيفا واربعين وذكر في الدرر لما ينفذ سبع صور منها لو قضت المرأة بحدّ وقود وسيجيء متنا خلافا لما ذكره المصنف شرحا والاصل أن القضاء يصح في موضع الاختلاف لا الخلاف والفرق أن للاول دليلا لا الثاني وهل اختلاف الشافعي معتبر الاصح نعم صدر الشريعة (يوم الموت لا يدخل تحت القضاء بخلاف يوم القتل)

مطلب يوم الموت لا يدخل تحت القضاء

النزاع وقع فى تقديم الملك قصدا اهـ وفيها ادّعى على آخر ضيعة بأنها كانت لفلان وورثتها منه اختيه فلانة فماتت وأنا وارثها وبرهن تسمع ولو برهن المطلوب أن فلانة ماتت قبل فلان يعنى مورثها صح الدفع وفيه نظر لما تقرر أن زمان الموت لايدخل تحت القضاء قيل النزاع لم يقع فى الموت المجرد فصار كالورثة تنازعوا فى تقديم موت المورث من المورث الآخر قبله وبعده كابن الابن مع الابن اذا تنازعا فى تقديم موت ابيه قبل الجد أو بعده اهـ (قوله فلو برهن على موت ابيه) أى بأن ادّعى شيأ لابيه وبرهن أنّ اباه مات وتركه ميراثا وانه مات يوم كذا بيرى عن شرح ادب القضاء (قوله قضى بالنكاح) أى فيجعل لها الصداق والميراث مع الابن لان يوم الموت لايدخل تحت القضاء لانه لايتعلق به حكم لان الميراث لايستحق بالموت بل بسبب سابق على الموت والنكاح سبب سابق واذا لم يدخل يوم الموت تحت القضاء جعل وجود ذلك التاريخ وعدمه سواء ولو عدم تقبل البينتان جميعا ويقضى بحق كل واحد منهما لانّ العمل بهما ممكن فكذا هنا اهـ بيرى عن شرح ادب القضاء وفيه عن الخانية ويقضى لها القاضى بالمهر والميراث سواء قضى القاضى ببينة الابن اولا لانّ القضاء ببينة الابن بموت الاب لا بوقت موته لان حكم الموت لايتعلق بوقت الموت بل فى اىّ وقت يموت يكون ماله لورثته فصار كانّ الابن اقام البينة على موت الاب ولم يذكر الوقت وذلك لايمنع قبول بينة المرأة اهـ (تنبيه) ذكر الخير الرملىّ فى حاشية البحر من باب دعوى الرجلين اذا كان الموت مستفيضا علم به كل كبير وصغير وعالم وجاهل لايقضى للخصم ولا يكون بطريق أن القاضى قبل البينة على ذلك الموت بل بطريق التيقن بكذب المدّعى وارجع الى الخانية من كتاب الشهادة فى الفصل الثامن عشر يظهر لك صحة ماقلته اهـ ويأتى مايؤيده (قوله لاتقبل) قال فى الاجناس وفرق محمد بينهما بأن القتل يتعلق به حق لازم والموت ليس فيه حق لازم وبيانه أن القتل ظلما لم يخل عن قصاص اودية وفى قبول بينة المرأة على النكاح فى زمان متأخر اسقاط اصل القتل لامتناع أن يكون مقتولا فى زمان ثم يبقى حيا فيتزوج فكان ثبوت القتل يتضمن حقا لازما فلما تضمنت بينة المرأة اسقاط هذا الحق لم يعتدّ بها ولا كذلك بينة الابن على الموت لان المرأة بينتها لاتتضمن اسقاط حق الابن لان الابن يرث مع المرأة كما يرث اذا انفرد فلم تتعارض البينتان فى الارث بين اسقاطه واثباته فلذلك لم يمتنع قبول بينتها اهـ وفى البزازية وكذا لو برهن الوارث انه قتل مورثه فبرهن المدّعى عليه انه قتله فلان قبل هذا اليوم بزمان يكون دفعا لدخوله تحت القضاء اهـ بيرى (قوله وكذا جميع العقود) كالبيع والهبة والنكاح فانها كالقتل تدخل تحت القضاء فلو برهن انه باعه كذا يوم كذا وبرهن آخر أنه باعه بعد ذلك لم تقبل ولو برهن أنه باعه قبله يكون دفعا وفى الولوالجية ولو أقامت امرأة البينة انه تزوّجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم اقامت اخرى بينة انه تزوجها يوم النحر بخراسان لاتقبل بينتها لانّ النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ (قوله الا فى مسألة الزوجة الخ) أى فان يوم القتل لايدخل فيها تحت القضاء وصورتها كما فى البحر عن الظهيرية ادّعى على رجل انه قتل اباه عمدا بالسيف منذ عشرين سنة وانه وارثه لاوارث له سواه وأقام البينة على ذلك فجاءت امرأة ومعها ولد وأقامت البينة أنّ والد هذا تزوجها منذ خمسة عشر سنة وأن هذا ولده منها ووارثه مع ابنه هذا قال ابو حنيفة أستحسن فى هذا أن اجيز بينة المرأة وأثبت نسب الولد ولا ابطل بينة الابن على القتل وكان هذا الاستحسان للاحتياط فى امر النسب بدليل انها لو أقامت البينة على النكاح ولم تأت بالولد فالبينة بينة الابن وله الميراث دون المرأة وهذا قول ابى يوسف ومحمد اهـ لكن قوله ولا ابطل بينة الابن على القتل ينافى دعوى الاستثناء وعن هذا قال الخير الرملىّ فى حاشية البحر فى اول باب دعوى الرجلين الظاهر أن حرف النفى زائد ولم يذكره فى التتارخانية حيث قال وابطل بينة الابن على القتل والقياس أن يقضى ببينة القتل اهـ قلت ويستثنى أيضا مسألة اخرى ذكرها فى دعوى البحر عن خزانة الاكمل برهن أنه قتل ابى منذ سنة وبرهن المشهود عليه أن اباه صلى بالناس الجمعة الماضية قال ابو حنيفة الاخذ بالاحدث اولى اذا كان شيأ مشهورا اهـ قال الرملىّ وهذا يقيد به مامضى أيضا وهو قيد لازم لابدّ منه حتى لو اشتهر موت رجل عند الناس منذ عشرين سنة فادّعى رجل انه اشترى منه داره منذ سنة لايقبل ثم رأيت مايشهد به صريحا فى التتارخانية فى الفصل الثامن فى التهاتر لو ادّعى المشهود عليه أنّ الشهود محدودون فى قذف من قاضى بلد كذا فأقام الشهود أنّ القاضى مات فى سنة كذا لايقضى به اذا كان موت القاضى قبل تاريخ شهود المدّعى عليه

مستفيضا

فلو برهن على موت ابيه فى يوم كذا ثم برهنت امرأة أن الميت نكحها بعد ذلك قضى بالنكاح ولو برهن على قتله فيه فبرهنت أن المقتول نكحها بعده لاتقبل وكذا جميع العقود والمداينات الا فى مسألة الزوجة التى معها ولد فانه تقبل بينتها بتاريخ مناقض لما قضى القاضى به من يوم القتل اشباه

قوله منذ خمسة عشر سنة هكذا بخطه والاصوب خمس عشرة سنة كما هو مقتضى القاعدة اهـ مصححه

مستفيضا اه مختصرا فراجعه ان شئت اه (قوله من الاول) وهو أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء (قوله ادعياه ميراثا الخ) قدمناه عن البزازية (قوله برهن الوكيل) أى بقبض المال جامع الفصولين (قوله صح الدفع) أى اذا برهن المطلوب على الموت لانه ينعزل به الوكيل فالحكم بالموت هنا لا لذاته بل لاجل العزل (قوله من ابيه) أى ابى ذى اليد (قوله لم تسمع) هو الصواب لان يوم الموت لا يدخل تحت القضاء اه قنية من باب دفع الدعاوى قلت ووجهه انه قضاء بيوم الموت قصدا الان ما تضمنه وهو عدم الشراء لا تصح البينة عليه لانه نفى فتمحض قضاء بالموت فلا يصح (قوله وقيل تسمع) وعليه فهى من المستثنيات كما فى البحر (قوله وسره الخ) مرتبط بالمتن والمراد بيان وجه الفرق ولما كان خفيا عبر عنه بالسر (قوله من حيث انه موت) أما اذا كان المقصود من ذكره غيره مما تقام عليه البينة فيكون هو محل النزاع فيدخل تحت القضاء كمسألة دعوى الميراث فان المقصود من تاريخ الموت تقدم الملك وكمسألة دعوى الوكالة فان المقصود منه انعزال الوكيل (قوله فانه من حيث هو محل للنزاع) قدمنا وجهه فى عبارة الاجناس (قوله وينفذ القضاء بشهادة الزور) قيد بها لانه لو ظهر الشهود عبيدا او كفارا أو محدودين فى قذف لم ينفذ اجماعا لانها ليست بحجة اصلا بخلاف الفساق على ما عرف ولامكان الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة بحر ثم قال وفى القنية ادعى عليه جارية انه اشتراها بكذا فأنكر فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول تحل الجارية للمدعى ديانة وقضاء كما فى شهادة الزور اه فعلى هذا القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور اه (قوله ظاهرا وباطنا) المراد بالنفاذ ظاهرا أن يسلم القاضى المرأة الى الرجل ويقول سلمى نفسك اليه فانه زوجك ويقضى بالنفقة والقسم وبالنفاذ باطنا أن يحل له وطؤها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى ط (قوله حيث كان المحل قابلا الخ) شرطان للنفاذ ويأتى فى كلام الشارح محترزهما (قوله فى العقود) اطلقها فشمل عقود التبرعات قالوا وفى الهبة والصدقة روايتان وكذا فى البيع بأقل من قيمته فى رواية لا ينفذ باطنا لان القاضى لا يملك انشاء التبرعات فى ملك الغير والبيع بأقل تبرع من وجه بحر (قوله كبيع ونكاح) فلو قضى ببيع امة بشهادة زور حل للمنكر وطؤها وكذا لو ادعى على امرأة نكاحا وهى جاحدة أو بالعكس وقضى بالنكاح كذلك حل للمدعى الوطء ولها التمكين عنده بحر (قوله والفسوخ) اراد بها ما يرفع حكم العقد فيشمل الطلاق ومن فروعها ادعت انه طلقها ثلاثا وهو ينكر وأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر بعد العدة حل له وطؤها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال وحل لاحد الشاهدين أن يتزوجها ويطأها ولا يحل للاول وطؤها ولا يحل لها تمكينه بحر (قوله لقول على الخ) قال محمد رحمه الله تعالى فى الاصل بلغنا عن على كرم الله وجهه أن رجلا أقام عنده بينة على امرأة انه تزوجها فأنكرت فقضى له بالمرأة فقالت انه لم يتزوجنى فأما اذا قضيت على فجدد نكاحى فقال لا أجدد نكاحك الشاهدان زوجاك قال وبهذا نأخذ فلو لم ينعقد النكاح بينهما باطنا بالقضاء لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان فى ذلك تحصينها من الزنى وصيانة مائه اه من رسالة العلامة قاسم المؤلفة فى هذه المسألة وقوله وبهذا نأخذ دليل لما حكاه الطحاوى من أن قول محمد كقول ابى حنيفة (قوله ظاهرا فقط) أى ينفذ ظاهرا لا باطنا لان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء كذلك لان القضاء ينفذ بقدر الحجة درر (قوله وعليه الفتوى) نقله أيضا فى القهستانى عن الحقائق وفى البحر عن ابى الليث لكن قال وفى الفتح من النكاح وقول ابى حنيفة هو الوجه اه قلت وقد حقق العلامة قاسم فى رسالته قول الامام بما لا مزيد عليه ثم اورد عليه اشكالا وأجاب عنه وعليه المتون (قوله بخلاف الاملاك المرسلة) وهى التى لم يذكر لها سبب معين فانهم اجمعوا انه ينفذ فيها ظاهرا لا باطنا لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب بأولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن اثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء وفى النكاح والشراء يتقدم النكاح والشراء تصحيحا للقضاء درر قال فى البحر ولو حذف الاملاك لكان أولى ليشمل ما اذا شهدوا بزور بدين لم يبينوا سببه فانه لا ينفذ وفى حكم المرسلة الارث كما يأتى وظاهر اقتصاره عليها انه لا ينفذ باطنا فى النسب اجماعا كما فى المحيط عن بعض المشايخ ونص الخصاف على انه ينفذ عند ابى حنيفة ففيه روايتان عنه والشهادة بعتق الامة كالشهادة بطلاق المرأة وينبغى أن تكون بالوقف كالعتق ولم أر نقلا فى الشهادة بأن الوقف ملك أو بتزوير شرائط الوقف أو أن الواقف اخرج فلانا وأدخل فلانا

مطلب فى القضاء بشهادة الزور

واستثنى محشوها من الاول مسائل منها ادعياه ميراثا فلا سبقهما تاريخا برهن الوكيل على وكالته وحكم بها فادعى المطلوب موت الطالب صح الدفع برهن انه شراه من ابيه منذ سنة وبرهن ذو اليد على موته منذ سنتين لم تسمع وقيل تسمع وسره أن القضاء بالبينة عبارة عن رفع النزاع والموت من حيث انه موت ليس محلا للنزاع ليرتفع باثباته بخلاف القتل فانه من حيث هو محل للنزاع كما لا يخفى (وينفذ القضاء بشهادة الزور ظاهرا وباطنا) حيث كان المحل قابلا والقاضى غير عالم بزورهم (فى العقود) كبيع ونكاح (والفسوخ) كاقالة وطلاق لقول على رضى الله تعالى عنه لتلك المرأة شاهداك زوجاك وقالا وزفر والثلاثة ظاهرا فقط وعليه الفتوى شرنبلالية عن البرهان (بخلاف الاملاك المرسلة) اى المطلقة عن ذكر سبب الملك

زوراذا اتصل به القضاء وظاهر الهداية أن ماعدا الاملاك المرسلة ينفذ باطنا واذا قلنا بأن الوقف من قبيل الاسقاط فهو كالطلاق والعتاق اه ملخصا (قوله فظاهرا فقط اجماعا) فلا يحل للمقضى له الوطء والاكل واللبس وحل للمقضى عليه لكن يفعل ذلك سرا والا فسقه الناس بحر (قوله ان كان سببا يمكن انشاؤه) كالبيع والنكاح والاجارة (قوله كالارث) فانه وان كان ملكا بسبب لكنه لا يمكن انشاؤه فلا ينفذ القضاء بالشهود زورا فيه باطنا اتفاقا بحر قال وسيأتى الاختلاف فى باب اختلاف الشاهدين فى انه مطلق او بسبب والمشهور الاول واختار فى الكنز الثانى (قوله وكما لو كانت المرأة محرمة الخ) هذا محترز قوله حيث كان المحل قابلا اه ح فاذا ادعى انها زوجته وأثبت ذلك بشهادة الزور وهو يعلم انها محرمة عليه بكونها منكوحة الغير أو معتدته او بكونها مرتدة فانه لا ينفذ باطنا اتفاقا لانه وان كان الملك بسبب لكن لا يمكن انشاؤه وأما ظاهرا فلا شك فى نفاذه كسائر الاحكام بشهادة الزور فى غير العقود والفسوخ وليس المراد بنفاذه ظاهرا حل الوطء له وحل تمكينها منه بل امر القاضى لها به أما الحل فهو فرع نفاذه باطنا وبما قررناه ظهر أنه كالارث فافهم (قوله وكما لو علم القاضى الخ) محترز قوله والقاضى غير عالم بزورهم والظاهر أنه هنا لا ينفذ ظاهرا كما لا ينفذ باطنا لعدم شرط القضاء وهو الشهادة الصادقة فى زعم القاضى تأمل (قوله كالقضاء باليمين الكاذبة) محترز قول المتن بشهادة قالوا وادعت أن زوجها ابانها بثلاث فأنكر فحلفه القاضى فحلف والمرأة تعلم أن الامر كما قالت لا يسعها المقام معه ولا أن تأخذ من ميراثه شيأ وهذا الايشكل اذا كان ثلاثا البطلان المحلية للانشاء قبل زوج آخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل الانشاء واجيب بأنه انما يثبت اذا قضى القاضى بالنكاح وهنا لم يقض به لاعترافهما به وانما ادعت الفرقة زيلعى وفى الخلاصة ولا يحل وطؤها اجماعا بحر قلت والظاهر أن عدم النفاذ هنا فى الباطن فقط تأمل (تنبيه) اشار المصنف الى أن قضاء القاضى يحل ما كان حراما فى معتقد المقضى له ولذا قال فى الولوالجية ولو قال لها انت طالق البتة فخاصمها الى قاض يراها رجعية بعد الدخول فقضى بكونها رجعية والزوج يرى انها بائنة او ثلاث فانه يتبع رأى القاضى عند محمد فيحل له المقام معها وقيل انه قول ابى حنيفة وعلى قول ابى يوسف لا يحل وان رفع الى قاض آخر لا ينقضه وان كان خلاف رأيه وهذا اذا قضى له فان قضى عليه بالبينونة أو الثلاث والزوج لا يراه يتبع رأى القاضى اجماعا وهذا كله اذا كان الزوج له رأى واجتهاد فلو عاميا اتبع رأى القاضى سواء قضى له أو عليه هذا اذا قضى أما اذا افتى له فهو على الاختلاف السابق لان قول المفتى فى حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده اه بحر قلت وقوله فلو عاميا المراد به غير المجتهد بدليل المقابلة فيشمل العالم والجاهل تأمل قال فى الفتح والوجه عندى قول محمد لان اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضى يرجحه على اجتهاد الزوج والاخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا انما يمنعه من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا فلا اه (قوله قضى فى مجتهد فيه) أى فى امر يسوغ الاجتهاد فيه بأن لم يكن مخالفا الدليل كما مر بيانه وقوله بخلاف رأيه متعلق بقضى وحاصل هذه المسألة انه يشترط لصحة القضاء أن يكون موافقا رأيه اى لمذهبه مجتهدا كان او مقلدا فلو قضى بخلافه لا ينفذ لكن فى البدائع انه اذا كان مجتهدا ينبغى أن يصح ويحمل على انه اجتهد فأداه اجتهاده الى مذهب الغير ويؤيده ما قدمناه عن رسالة العلامة قاسم مستدلا بما فى السير الكبير فراجعه وبه يندفع تعجب صاحب البحر من صاحب البدائع واعلم أن هذه المسألة غير مسألة اشتراط كون القاضى عالما بالخلاف كما نبهنا عليه سابقا (قوله اى مذهبه) اى اصل المذهب كالحنفى اذا حكم على مذهب الشافعى او نحوه او بالعكس وأما اذا حكم الحنفى بمذهب ابى يوسف او محمد او نحوهما من اصحاب الامام فليس حكما بخلاف رأيه درر اى لان اصحاب الامام ما قالوا بقول الا قد قال به الامام كما اوضحت ذلك فى شرح منظومتى فى رسم المفتى عند قولى فيها

واعلم بأن عن ابى حنيفه * جاءت روايات غدت منيفه
اختار منها بعضها والباقى * يختار منه سائر الرفاق
فلم يكن لغيره جواب * كما عليه قد أقسم الاصحاب

(قوله وابن كمال) قال فى شرحه لم يقل بخلاف رأيه لايهامه أن يكون الكلام فى المجتهد خاصة وليس كذلك (قوله لا ينفذ مطلقا الخ) قال فى الفتح لو قضى فى المجتهد فيه ناسيا لمذهبه مخالفا لرأيه نفذ عند ابى حنيفة

روايه

فظاهرا فقط اجماعا لتزاحم الاسباب حتى لو ذكرا سببا معينا فعلى الخلاف ان كان سببا يمكن انشاؤه والا لا ينفذ اتفاقا كالارث وكما لو كانت المرأة محرمة بنحو عدة اوردة وكما لو علم القاضى بكذب الشهود حيث لا ينفذ أصلا كالقضاء باليمين الكاذبة زيلعى ونكاح الفتح

(قضى فى مجتهد فيه بخلاف رأيه) اى مذهبه مجمع وابن كمال (لا ينفذ مطلقا) ناسيا او عامدا عندهما والائمة الثلاثة (وبه يفتى) مجمع ووقاية وملتقى وقيل بالنفاذ يفتى

مطلب
مهم المقضى له او عليه يتبع رأى القاضى وان خالف رأيه

مطلب
فى قضاء القاضى بغير مذهبه

مطلب
حكم الحنفى بمذهب ابى يوسف او محمد حكم بمذهبه

قوله قد اقسم هكذا بخطه وصوابه اسقاط قد ليصح الوزن كما لا يخفى اه مصححه

رواية واحدة وان كان عامدا ففيه روايتان وعندهما لا ينفذ في الوجهين اي وجهي النسيان والعمد والفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قوله فقد اختلف في الفتوى والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل وأما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره هذا كله في القاضي المجتهد فأما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابي حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم اه قال في الشرنبلالية عن البرهان وهذا صريح الحق الذي يعض عليه بالنواجذ اه وقال في النهر وادعى في البحر أن المقلد اذا قضى بمذهب غيره او برواية ضعيفة او بقول ضعيف نفذ وأقوى ما تمسك به ما في البزازية اذا لم يكن القاضي مجتهدا وقضى بالفتوى على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه وله نقضه كذا عن محمد وقال الثاني ليس له نقضه اه وما في الفتح يجب أن يعول عليه في المذهب وما في البزازية محمول على رواية عنهما اذ قصارى الامر أن هذا منزل منزلة الناسي لمذهبه وقد مرّ عنهما في المجتهد أنه لا ينفذ فالمقلد أولى اه ما في النهر وبأتي قريبا ما يؤيده (قوله من ليس مجتهدا) وكذا المجتهد كما مر في كلام الفتح (قوله لا ينفذ اتفاقا) هذا مبني على احدى الروايتين عن الامام في العامد أما على رواية النفاذ فلا تصح حكاية الاتفاق (قوله لكونه معزولا عنه) أي عن غير ما قيد به قال الشرنبلالي في شرح الوهبانية محل الخلاف فيما اذا لم يقيد عليه السلطان القضاء بصحيح مذهبه والا فلا خلاف في عدم صحة حكمه بخلافه لكونه معزولا عنه اه ح قلت وتقييد السلطان له بذلك غير قيد لما قاله العلامة قاسم في تصحيحه من أن الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الاجماع اه وقال العلامة قاسم في فتاواه وليس للقاضي المقلد أن يحكم بالضعيف لانه ليس من اهل الترجيح فلا يعدل عن الصحيح الا لقصد غير جميل ولو حكم لا ينفذ لان قضاءه قضاء بغير الحق لان الحق هو الصحيح وما وقع من أن القول الضعيف يتقوى بالقضاء المراد به قضاء المجتهد كما بين في موضعه اه وقال ابن الغرس وأما المقلد المحض فلا يقضي الا بما عليه العمل والفتوى اه وقال صاحب البحر في بعض رسائله أما القاضي المقلد فليس له الحكم الا بالصحيح المفتى به في مذهبه ولا ينفذ قضاؤه بالقول الضعيف اه ومثله ما قدمه الشارح اول كتاب القضاء وقال وهو المختار للفتوى كما بسطه المصنف في فتاويه وغيره وكذا ما نقله بعد اسطر عن الملتقط (قوله وقد غيرت بيت الوهبانية) وهو

ولو حكم القاضي بحكم مخالف * مقلده ما صح ان كان يذكر

وبعضهم ان كان سهوا اجازه * عن الصدر لا عن صاحبيه يسطر

وقد أفاد كلام الوهبانية الخلاف فيما اذا قضى به ساهيا اي ناسيا مذهبه وأنه لا خلاف فيما اذا كان ذاكرا وهذا على احدى الروايتين عن الامام كما علمت ولما كان المعتمد المفتى به ما ذكره المصنف في المتن من عدم النفاذ أصلا أي ذاكرا او ناسيا غير الشارح عبارة النظم جاز ما بما هو المعتمد فافهم لكن الاولى كما قال السائحاني تغيير الشطر الثاني هكذا لمعتمد في رأيه فهو مهدر (قوله قلت وأما الامير الخ) الذي رأيته في سير التتارخانية قال محمد واذا امر الامير العسكر بشئ كان على العسكر أن يطيعوه الا أن يكون المأمور به معصية اه فقول الشارح نفذ أمره يعني وجب امتثاله تأمل وقدمنا أن السلطان لو حكم بين اثنين فالصحيح نفاذه وفي البحر اذا كان القضاء من الاصل ومات القاضي ليس للامير أن ينصب قاضيا وان ولي عشرها وخراجها وان حكم الامير لم يجز حكمه الخ وفي الاشباه قضاء الامير جائز مع وجود قاضي البلد الا أن يكون القاضي مولى من الخليفة كذا في الملتقط اه والحاصل أن السلطان اذا نصب في البلدة اميرا وفوض اليه امر الدين والدنيا صح قضاؤه وأما اذا نصب معه قاضيا فلا لانه جعل الاحكام الشرعية للقاضي لا للامير وهذا هو الواقع في زماننا ولذا قال في البحر أول كتاب القضاء سئلت عن تولية الباشا بالقاهرة قاضيا ليحكم في حادثة خاصة مع وجود قاضيها المولى من السلطان فأجبت بعدم الصحة لانه لم يفوض اليه تقليد القضاء ولذا لو حكم بنفسه لم يصح اه (قوله كما قدمناه) أي في اول الكتاب في بحث رسم المفتي (قوله ولا يقضي على غائب) اي بالبينة سواء كان غائبا وقت الشهادة او بعدها وبعد التزكية وسواء كان غائبا عن المجلس او عن البلد وأما اذا اقر عند القاضي فيقضي عليه وهو غائب لان له أن يطعن في البينة دون الاقرار ولان القضاء بالاقرار قضاء اعانة واذا انفذ القاضي اقراره سلم الى المدعي حقه عينا كان او دينا او عقارا الا انه في الدين يسلم اليه جنس حقه اذا وجد في يد من يكون

وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي قضى من ليس مجتهدا كالحنفية زماننا بخلاف مذهبه عامدا لا ينفذ اتفاقا وكذا ناسيا عندهما ولو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيد بلا خلاف لكونه معزولا عنه انتهى وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت

ولو حكم القاضي بحكم مخالف
لمذهبه ما صح اصلا يسطر

قلت وأما الامير فمتى صادف فصلا مجتهدا فيه نفذ أمره كما قدمناه عن سير التتارخانية وغيرها فليحفظ

(ولا يقضي على غائب ولا له)

مطلب
الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الاجماع

مطلب
في امر الامير وقضائه

مطلب
في القضاء على الغائب

مقترا بأنه مال الغائب المقترولا يبيع فى ذلك العرض والعقار لان البيع قضاء على الغائب فلا يجوز بحر عن شرح الزيادات للعتابى لكن فى الخامس من جامع الفصولين عن الخانية غاب المدعى عليه بعد ما برهن عليه اوغاب الوكيل بعد قبول البينة قبل التعديل اومات الوكيل ثم عدلت تلك البينة لا يحكم بها وقال ابو يوسف يحكم وهذا أرفق بالناس ولو برهن على الموكل فغاب ثم حضر وكيله اوعلى الوكيل ثم حضر موكله يقضى بتلك البينة وكذا يقضى على الوارث ببينة قامت على مورثه (قوله اى لا يصح) لما فى الفتح من أن حضرة الخصم ليتحقق انكاره شرط لصحة الحكم بحر (قوله بل ولا ينفذ) هذه العبارة غير محررة لان نفى الصحة يستلزم نفى النفاذ وأيضا فالحكم صحيح وانما الخلاف فى نفاذه بدون تنفيذ قاض آخر كما أفاده ح ولذا فسر فى البحر كلام الكنز بعدم الصحة ثم قال والاولى أن يفسر بعدم النفاذ لقولهم اذا نفذه قاض آخر يراه فانه ينفذ ثم ذكر اختلاف التصحيح وسيأتى فى كلام الشارح (قوله كوكيله) اطلقه فشمل ما اذا كان وكيلا فى الخصومة والدعوى اووكيلا للقضاء كما اذا اقيمت البينة عليه فوكل ليقضى عليه ثم غاب كما فى القنية بحر (قوله ووصيه) أى وصى الميت فان الميت غائب ووصيه قائم مقامه حقيقة ويجوز عود الضمير الى الصغير المعلوم من المقام فانه فى حكم الغائب وشمل وصى الوصى ولو قال كوليه لكان اولى ليشمل الاب والجد (قوله انما يحكم على الغائب والميت) ترك الوقف ويظهر لى انه يحكم على الواقف فيما يتعلق به وعلى الوقف فيما يتعلق به سائحانى (قوله ينتصب خصما عن الباقين) أى فيما للميت وعليه لكن اذا كان فى عين فلا بد من كونها فى يده فلو ادعى عينا من التركة على وارث ليست فى يده لم تسمع وفى دعوى الدين ينتصب احدهم خصما وان لم يكن فى يده شئ بحر وفيه من متفرقات القضاء انه ينتصب احدهم عن الباقى بشروط ثلاثة كون العين كلها فى يده وأن لا تكون مقسومة وأن يصدق الغائب انها ارث عن الميت اه وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى كتاب الوقف وأفاد الخير الرملى فى حاشيته على جامع الفصولين أن اشتراطهم كون العين فى يد المدعى عليه يشمل ما لو كان المدعى بعض الورثة على بعض فتسمع الدعوى بشراء الدار من المورث وهى واقعة الفتوى اه (قوله وكذا احد شريكى الدين) أى هو خصم عن الآخر فى الارث وفاقا وكذا فى غيره عندهما لا عند أبى حنيفة وقوله قياس وقولهما استحسان ثم على قولهما الغائب لو صدق الحاضر ان شاء شاركه فيما قبض اواتبع المطلوب بنصيبه جامع الفصولين ومقتضاه أن الدين للمدعى وشريكه وأما الدعوى بدين لواحد على اثنين فذكر قبله ما حاصله انه يقضى به عليهما عنده فى رواية وفى رواية وهى قول ابى يوسف يقضى بنصفه على الحاضر ثم قال يحتمل أن يكون اختلاف الروايات فيه بناء على اختلاف الروايات فى جواز الحكم على الغائب (قوله واجنبى) أى من ليس وارثا ولا وصيا وقوله بيده مال اليتيم الذى فى البحر مال الميت وصورتها ما فى جامع الفصولين وهب فى مرض موته جميع ماله اواوصى به فمات ثم ادعى رجل دينا على الميت قيل تسمع بينته على من بيده المال وقيل يجعل القاضى خصما عنه اى عن الميت ويسمع عليه بينته فظهر أن فيه اختلاف المشايخ (قوله وبعض الموقوف عليهم) لما فى القنية وقف بين أخوين مات احدهما وبقى الوقف فى يد الحى وأولاد الميت فأقام الحى بينة على واحد من اولاد الاخ أن الوقف بطن بعد بطن والباقى غيب والواقف واحد تقبل وينتصب خصما عن الباقى ثم قال وقف بين جماعة تصح الدعوى من واحد منهم اووكيله على واحد منهم اووكيله اذا كان الوقف واحدا وتمامه فى البحر (قوله اى لو الوقف ثابتا) أما اذا لم يكن ثابتا وأراد اثبات انه وقف فلا وقدمنا فى الوقف تقرير هذه المسألة بأتم وجه وذكرنا هنالك مسائل أخر ينتصب فيها البعض خصما عن غيره (قوله خرج المسخر) هو من ينصبه القاضى لسماع الدعوى على الغائب (قوله كما سيجىء) اى قريبا اى مماثلا لما يأتى من تقييده بغير الضرورة (قوله اوحكما) أى بأن يكون قيامه عنه حكما لامر لازم فتح (قوله سببا لا محالة) اى لا تحول له عن السببية فاحترز بكونه سببا عما يكون شرطا وسيذكره المصنف وبقوله لا محالة عما يكون سببا فى حال دون حال وعما لا يكون سببا الا بالبقاء الى وقت الدعوى فما يكون سببا فى حال دون حال يقبل فى حق الحاضر دون الغائب وبيانه فى مسألتين الوكيل بنقل العبد الى مولاه اوبنقل المرأة الى زوجها فاذا برهن العبد انه حرره أوالمرأة انه طلقها ثلاثا يقبل فى حق قصر يد الحاضر لا فى ثبوت العتق اوالطلاق فان المدعى هنا على الغائب هو العتق اوالطلاق ليس سببا لا محالة لما يدعى على الحاضر وهو قصر يده بانعزاله عن الوكالة لانه قد يتحقق

العتق

مطلب فيمن ينتصب خصما عن غيره

ى لا يصح بل ولا ينفذ على المفتى به بحر (الا بحضور نائبه) اى من يقوم مقام الغائب (حقيقة كوكيله ووصيه ومتولى الوقف) افاد بالاستثناء أن القاضى انما يحكم على الغائب والميت لا على الوكيل والوصى فيكتب فى السجل انه حكم على الميت وعلى الغائب بحضرة وكيله وبحضرة وصيه جامع الفصولين وأفاد بالكاف عدم الحصر فان احد الورثة كذلك ينتصب خصما عن الباقين وكذا احد شريكى الدين وأجنبى بيده مال اليتيم وبعض الموقوف عليهم اى لو الوقف ثابتا كما مر فى بابه (او نائبه (شرعا كوصى) نصبه (القاضى) خرج المسخر كما سيجىء (او حكما بأن يكون ما يدعى على الغائب سببا) لا محالة

العتق والطلاق بدون انعزال وكيل بأن لا يكون هنالك وكالة اصلا وقد يتحقق موجبا للانعزال بأن كان بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكما اصليا للطلاق والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر خصما عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سببا قبلنا البينة في حق الحاضر بقصر يده وانعزاله وأما ما لا يكون سببا الا بالبقاء الى وقت الدعوى فلا يقبل مطلقا وبيانه في مسائل منها مالو برهن المشتري فاسدا على البيع من غائب حين اراد البائع فسخ البيع للفساد لا يقبل في حق الحاضر في الفسخ ولا في حق الغائب في البيع لان نفس البيع ليس سببا لبطلان حق الفسخ لجوازانه باع من الغائب ثم فسخ البيع بينهما وان شهدوا ببقاء البيع وقت الدعوى لا يقبل لانه اذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء وتمامه في الفتح وغيره (قوله فلو شرى امة) تفريع على قوله لا محالة فكان الاولى ذكره عند قول المصنف ولو كان ما يدعى على الغائب شرطا بأن يقول بخلاف مالو شرى امة الخ وبخلاف مالو كان ما يدعى على الغائب شرطا الخ ليكون ذكر محترز القيود في محل واحد (قوله لم يقبل) أي برهانه لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعي شيآن الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والثاني ليس سببا للاول الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها وان برهن على البقاء اى انها امرأته للحال لا يقبل ايضا لان البقاء تبع الابتداء فتح (قوله مثاله) لا حاجة اليه لاغناء الكاف عنه اه ح (قوله من فلان الغائب) زاد في الفتح وهو يملكها اى لان مجرد الشراء لا يثبت الملك للمشتري لاحتمال كونها لغير البائع وهو فضولي (قوله لان الشراء من المالك) هذا هو المدعى على الغائب (قوله سبب الملكية) اى والملكية هنا هي المدعى على الحاضر (قوله تسعا وعشرين) قال في المنح وفي المجتبى بعد أن علم بعلامة شط كل من ادعى عليه حق لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب فالقضاء على الحاضر قضاء على الغائب وتظهر ثمرته في مسائل منها اقام بينة أن له على فلان الغائب كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره يقضى على الغائب والحاضر لانها كالمعاوضة ولو لم يقل بأمره لا يقضى على الغائب ومنها لو أقام بينة انه كفيل بكل ماله على فلان وأن له على فلان ألفا كانت قبل الكفالة يقضى على الحاضر والغائب ولا يحتاج الى دعوى الكفالة بأمره بخلاف الاولى لان الكفالة المطلقة لا توجب المال على الكفيل مالم توجبه على الاصيل فصار كأنه علق الكفالة بوجوب المال على الاصيل فانتصب عن الغائب خصما ومنها أن القاذف اذا قال انا عبد لفلان فلا حد علي فأقام المقذوف بينة أن فلانا اعتقه حد وكان قضاء على الغائب بالعتق ومنها لو قال له يا ابن الزانية فقال القاذف امه امة فلان فأقام المقذوف بينة انها بنت فلان القرشية يحكم بالنسب ويحد ومنها لو أقام بينة انه ابن عم الميت فلان وأن الميت فلان بن فلان يجتمعان الى اب واحد وأنه وارثه فحسب قضى بالميراث والنسب على الغائب ومنها لو أقام بينة أن ابوي الميت كانا مملوكين اعتقهما ثم ولد لهما هذا الولد ومات وانه مولاه ووارثه قضى بالولاء وكان قضاء بالولاء على الابوين وحرية المولودين بعد عتقهما ومنها لو قال لدائن العبد المأذون ضمنت لك ما بك عليه ان اعتقه مولاه فأقام بينة عليه أن مولاه اعتقه بعد الضمان والعبد والمولى غائبان يقضى بالضمان وكان قضاء بالعتق للغائب وعلى الغائب ومنها لو قال المشهود عليه الشاهد عبد فأقام المدعي أو الشاهد بينة أن مولاه اعتقه قبل الشهادة ومنها لو ادعى شيأ في يد رجل انه اشتراه من فلان وأقام بينة يقضى له بالملك والشراء من فلان ومنها مالو قذف عبدا فأقام المقذوف بينة أن مولاه كان اعتقه وادعى كمال الحد ومنها مالو اقام العبد المشتري بينة أن البائع كان اعتقه اورجل آخر أعتقه وهو يملكه ومنها مالو قال لرجل ما بايعت فلانا فعلي فأقام الرجل بينة على الضامن انه باع فلانا عبده بألف ومنها مالو أقام بينة على رجل انك اشتريت هذه الدار من فلان وأنا شفيعها ومنها مالو قال لرجل علي ألف فاقضها فأقام المأمور بينة انه قضاها يقضى بقبض الغائب والرجوع على الآخر ومنها مالو قال لغيره الذي في يدي لفلان فاشتره لي وانقد الثمن فأقام المأمور بينة انه فعل ذلك ومنها مالو قال لرجل اضمن لهذا ما داينني فضمن فأقام الضمين بينة أن فلانا داينك كذا وأني قضيت عنك ومنها الكفيل بأمر أقام بينة على الاصيل انه اوفى الطالب ومنها مالو أقام بينة على أن له على فلان ألفا وأنه احال بها عليه ومنها مالو اقام بينة على رجل انه كان لفلان عليك ألف احلته بها علي وأديتها اليه ومنها مالو طالب البائع المشتري بالثمن فأقام هو بينة انه أحاله بالثمن على فلان

مطلب

المسائل التي يكون القضاء فيها على الحاضر قضاء على الغائب ٢٩

فلو شرى امة ثم ادعى أن مولاها زوجها من فلان الغائب وأراد ردها بعيب الزواج لم يقبل لاحتمال انه طلقها وزال العيب ابن كمال (لما يدعى على الحاضر) مثاله (كما اذا) ادعى دارا في يد رجل و(برهن) المدعي (على ذي اليد أنه اشترى) الدار (من فلان الغائب فحكم) الحاكم (على) ذي اليد (الحاضر كان) ذلك (حكما على الغائب) أيضا حتى لو حضر وانكر لم يعتبر لان الشراء من المالك سبب الملكية لا محالة وله صور كثيرة ذكر منها في المجتبى تسعا وعشرين (ولو كان ما يدعى على الغائب شرطا) لما يدعيه على الحاضر كما اذا ادعى عبد على مولاه انه علق عتقه بتطليق زوجة زيد وبرهن على التطليق بغيبة زيد

ومنها مالو قال لرجل ان جنى عليك فلان فأنا كفيل بنفسه فأقام بينة انه جنى عليه فلان ومنها مالو أقام بينة على رجل في يده دار أنها له فأقام ذو اليد بينة أن فلانا وهبها له وسلم أو أودع اوباع ومنها مالو أقام ذو اليد بينة أن المدعى باعهامن فلان وقبضها تبطل بينة المدعى ويلزم الشراء الغائب ومنها مالو قال ذو اليد أودعنيه فلان فطلب المدعى تحليفه به فنكل فقضى عليه نفذ على فلان ومنها مالو قال وصل الى من زيد وكيل فلان بأمره اومن غاصب منه وحلف المدعى مايعلم دفع زيد فقضى عليه نفذ على فلان ومنها مالو أقام بينة على عبد أن مولاه اعتقه وانه قطع يده بعد ذلك او استدان منه او اشترى منه اوباع منه ومنها ماقيل انه لو قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق فأقامت بينة على الحاضر أن فلانا طلق امرأته ومنها مالو أقام الحاضر على القاتل بينة أن المولى الغائب قد عفا فتقبل البينة في جميع هذه الصور ويتضمن القضاء على الحاضر القضاء على الغائب فيها اهـ ح (قوله لايقبل) لان الشرط ليس بأصل بالنسبة الى المشروط بخلاف السبب فان قضى فقد قضى على الغائب ابتداء قهستاني ط قلت والمتبادر من اطلاقهم انه لايقبل في حق الحاضر ولا في حق الغائب ويؤيده مافي البحر عن جامع الفصولين علق طلاقها بتزوج عليها فبرهنت أنه تزوج عليها فلانة الغائبة عن المجلس هل تسمع حال الغيبة فيه روايتان والاصح انها لاتقبل في حق الحاضرة والغائبة فلا طلاق ولا نكاح اهـ لكن نقل عنه عقبه فرعا آخر وهو ادعت عليه انه كفل بمهرها عن زوجها لو طلقها ثلاثا وانه طلقها ثلاثا فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر العلم بوقوع الثلاث فبرهنت به يحكم لها بالمهر على الحاضر لا بالفرقة على الغائب اهـ والظاهر أنه خلاف الاصح بقرينة قوله والاصح انها لاتقبل الخ (قوله في الاصح) مقابله ماحكاه في الفتح عن بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندي انهم افتوا فيه بانتصاب الحاضر خصما اي فالشرط عندهم كالسبب ويقابله أيضا ماذكرناه آنفا من قبولها في حق الحاضر لا الغائب (قوله يقبل لعدم ضرر الغائب) وذكر في الفتح انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشئ اذ ليس فيه ابطال حق له اهـ اي لان دخول الغائب الدار لايترتب عليه حكم لكن قال ط لو كان الغائب علق طلاق امرأته بدخوله الدار فالظاهر أنه في حكم الاول للزوم الضرر اهـ (قوله ومن حيل اثبات العتق الخ) هي من جملة الصور التسع والعشرين المارة (قوله ومن حيل الطلاق الخ) الاولى اسقاطه اقول البحر وأما حيل اثبات طلاق الغائب فكلها على الضعيف من أن الشرط كالسبب قال في جامع الفصولين ومع هذا لو حكم بالحرمة نفذ لاختلاف المشايخ اهـ قلت يعني اذا كان الحاكم مجتهدا أما المقلد فلا يصح حكمه بالضعيف كما ذكرناه سابقا نعم نقل في البحر بعد هذا عن الخلاصة الطريق في اثبات الرمضانية أن يعلق وكالة بدخوله فيتنازعان في دخوله فيشهد الشهود فيقضى بالوكالة وبدخوله اهـ قال في البحر وعليه فاثبات طلاق معلق بدخول شهر حيلة فيه ولو كان الزوج غائبا لان هذا ليس من قبيل الشرط لانه لا بد أن يكون فعل الغائب وكذا اثبات ملك اووقف اونكاح فيعلق وكالة بملك فلان ذلك الشئ اوبوقفية كذا اوبكون فلانة زوجة فلان ويدعى الوكيل فيقول الخصم وكالتك معلقة بمالم يوجد فيقول الوكيل بل هي منجزة لتعلقها بكائن وبرهن على الملك ونحوه ولايعلق بفعل الغائب كان نكح ان وقف ان طلق ان ملك هذا ماظهر لي اهـ ملخصا قلت وفيه نظر لان المانع اثبات الضرر بالغائب قال في الفتح الاصل أن ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق للغائب قبلت البينة فيه اذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لاتقبل اهـ فعلم أن المناط ابطال حق الغائب سواء كان الشرط فعله أو لا فلا فرق بين كون الشرط ان نكح أو ان كانت منكوحته فتفريع هذه المسائل على مافي الخلاصة غير ظاهر اذ مافيها ليس فيه حكم على غائب اصلا بخلاف هذه المسائل فان فيها الحكم على الغائب ابتداء بما يتضرر به ولو سلكا فانه قد يلزم منه ضرر واضع اليد المدعى أنه ملكه وغير ذلك فتدبر (قوله ومن أراد أن لايزني الخ) ان كانت هذه الحيلة صدقا فلا وجه لتسميتها حيلة ولا لقوله ومن أراد أن لايزني وصنيعه يوهم أن ذلك سائغ كذبا وليس كذلك بل مثله من اكبر الكبائر ط فالصواب اسقاط هذه العبارة والاقتصار على عبارة البزازية كما فعل في البحر على أن في صحة هذا الفرع كلاما نذكره عقبه (قوله فبرهن عليها بالطلاق) اى وبأنه تزوجها بعد العدة كما هو ظاهر (قوله يقضى عليها انها زوجة الحاضر) اى ويقضى على الغائب بالطلاق كما يدل عليه مابعده قلت لكن تقدم أن القضاء على الغائب انما يصح اذا كان سببا لما يقضى على الحاضر لامحالة ولا شك أن طلاق الغائب ليس كذلك

(لا) يقبل في الاصح (اذا كان فيه ابطال حق الغائب) فلو لم يكن كما اذا علق طلاق امرأته بدخول زيد الدار يقبل لعدم ضرر الغائب ومن حيل اثبات العتق على الغائب أن يدعى المشهود عليه أن الشاهد عبد فلان فبرهن المدعى أن مالكه الغائب اعتقه تقبل ومن حيل الطلاق حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقها ودعوى كفالته بنفقة العدة معلقة بالطلاق ومن اراد أن لايزني فحيلته مافي دعوى البزازية ادعى عليها أن زوجها الغائب طلقها وانقضت عدتها وتزوجها فأقرت بزوجية الغائب وانكرت طلاقه فبرهن عليها بالطلاق يقضى عليها انها زوجة الحاضر

لان التزوج قد يكون بدون طلاق كما لو لم تكن زوجة أحد وانظر ما قدمناه عند قوله سببا لا محالة يظهر لك حقيقة الامر (قوله ولا يحتاج الخ) قال الخير الرملي وفي جامع الفصولين خلافه (قوله ولو قضى على غائب الخ) اى قضى من يرى جوازه كشافعي لاجماع الحنفية على انه لا يقضى على غائب كما ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء كذا حققه في البحر والحاصل انه لا خلاف عندنا في عدم جواز القضاء على الغائب وانما الخلاف في انه لو قضى به من يرى جوازه هل ينفذ بدون تنفيذ أولا بد من امضاء قاض آخر ورأيت نحو هذا منقولا عن اجابة السائل عن بعض رسائل العلامة قاسم وبه ظهر أن قول المصنف فيما مر ولا يقضى على غائب بيان لحكم المذهب عندنا وقوله هنا ولو قضى الخ حكاية للخلاف في النفاذ وعدمه قلت بقي ما لو قضى الحنفي بذلك ولا يخفى انه يأتي فيه الكلام المار فيما لو قضى في مجتهد فيه بخلاف رأيه وما فيه من التفصيل واختلاف التصحيح فعلى قول من رجح الجواز لا يبقى فرق بين الحنفي وغيره وعلى هذا يحمل ما صرح به في القنية من انه لا يشترط في نفاذ القضاء على الغائب أن يكون من شافعي وبه اندفع ما أورده الرملي والمقدسي على صاحب البحر حيث خصه بمن يرى جوازه كما ذكرنا واندفع أيضا ما يتوهم من المنافاة بين ما ذكره الصدر الشهيد وما في القنية هذا ما ظهر لي فتدبره لكن استظهر في البحر بعد ذلك تخصيص الخلاف في النفاذ وعدمه بالحكم للمفقود لا مطلق الغائب واستدل بعبارة في الخانية ونازعه الرملي بأنها لا تدل على مدعاه بل الظاهر من كلامهم التعميم اهـ وقال في جامع الفصولين قد اضطرب آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب وعليه ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر يبنى عليه الفروع بلا اضطراب ولا اشكال فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتي بحسبها جوازا أو فسادا مثلا لو طلق امرأته عند العدل فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه أو يعرف ولكن يعجز عن احضاره أو عن أن تسافر اليه هي أو وكيلها لبعده أو لمانع آخر وكذا المديون لو غاب وله نقد في البلد أو نحو ذلك ففي مثل هذا لو برهن على الغائب وغلب على ظن القاضي انه حق لا تزوير ولا حيلة فيه فينبغي أن يحكم عليه وله وكذا للمفتي أن يفتي بجوازه دفعا للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع مع انه مجتهد فيه ذهب اليه الائمة الثلاثة وفيه روايتان عن أصحابنا وينبغي أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف انه يراعي جانب الغائب ولا يفرط في حقه اهـ وأقره في نور العين قلت ويؤيده ما يأتي قريبا في المسخر وكذا ما في الفتح من باب المفقود لا يجوز القضاء على الغائب الا اذا رأى القاضي مصلحة في الحكم له وعليه فحكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه اهـ قلت وظاهره ولو كان القاضي حنفيا ولو في زماننا ولا ينافي ما مر لان تجويز هذا للمصلحة والضرورة (قوله وقيل لا ينفذ) أي بل يتوقف على امضاء قاض آخر كما في البحر (قوله ورجح في الفتح الخ) ليس قولا ثالثا بل هو القول الثاني كما علمت وهذا مبني على أن نفس القضاء مجتهد فيه كقضاء محدود في قذف بعد توبته والاول مبني على أن المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن هذه البينة هل تكون حجة للقضاء بلا خصم حاضر أم لا فاذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف بعد توبته (قوله والمعتمد الخ) مقابله قول خواهرزاده بجوازه لانه أفتى بجواز القضاء على الغائب وهو عين القضاء على الغائب بحر وفيه أيضا وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه وشرطه عند القائل به أن يكون الغائب في ولاية القاضي (قوله وهي في خمس) لم يذكر الرابعة في البحر بل زادها الشارح (قوله اشترى بالخيار) أي وأراد الرد في المدة فاختفى البائع فطلب المشتري من القاضي أن ينصب خصما عن البائع ليرده عليه وهذا أحد قولين عزاهما في جامع الفصولين الى الخانية لكنه قدم هذا وعادة قاضي خان تقديم الاشهر (قوله اختفى المكفول له) صورته كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فدينه على الكفيل فغاب الطالب في الغد فلم يجده الكفيل فرفع الامر الى القاضي فنصب وكيلا عن الطالب وسلم اليه المكفول عنه يبرأ وهو خلاف ظاهر الرواية انما هو في بعض الروايات عن أبي يوسف قال أبو الليث لو فعل به قاض علم أن الخصم تغيب لذلك فهو حسن جامع الفصولين قلت ما قاله أبو الليث توفيق بين الروايتين لكن ما ذكره من التصحيح في المسألة التالية لهذه ينبغي اجراؤه في رواية أبي يوسف اذ لا فرق يظهر بين المسألتين تأمل (قوله حلف ليوفينه اليوم الخ) بأن علق المديون العتق أو الطلاق على عدم قضائه اليوم ثم غاب الطالب وخاف الحالف الحنث فان القاضي ينصب

ولا يحتاج الى اعادة البينة اذا حضر الغائب (ولو قضى على غائب بلا نائب ينفذ) في اظهر الروايتين عن اصحابنا ذكره منلا خسرو في باب خيار العيب (وقيل لا) ينفذ ورجحه غير واحد وفي المنية والبزازية ومجمع الفتاوى وعليه الفتوى ورجح في الفتح توقفه على امضاء قاض آخر وفي البحر والمعتمد أن القضاء على المسخر لا يجوز الا للضرورة وهي في خمس مسائل * اشترى بالخيار فتوارى * اختفى المكفول له * حلف ليوفينه اليوم فتغيب الدائن * جعل أمرها بيدها ان لم تصل نفقتها

مطلب في القضاء على المسخر

وكيلا عن الغائب ويدفع الدين اليه ولا يحنث الحالف وعليه الفتوى بحر عن الخانية وفى حاشية مسكين عن الشيخ شرف الدين الغزى انه لا حاجة الى نصب الوكيل لقبض الدين فانه اذا دفع الى القاضى بر فى يمينه على المختار المفتى به كما فى كثير من كتب المذهب المعتمدة ولو لم يكن ثمة قاض حنث على المفتى به اهـ (قوله فتغيبت) أى لايقاع الطلاق عليه فانه ينصب من يقبض لها ط (قوله خانية) لم أر هذه العبارة فى الخانية فى هذا المحل (قوله الخامسة الخ) ذكر فى شرح أدب القاضى لو قال رجل للقاضى لى على فلان حق وقد توارى عنى فى منزله فالقاضى يكتب الى الوالى فى احضاره فان لم يظفر به وسأل الطالب الختم على بابه فان أتى بشاهدين انه فى منزله وقالا رأيناه منذ ثلاثة أيام أو أقل ختم عليه لا ان زاد على ثلاث والصحيح انه مفوض الى رأى الحاكم فاذا ختم وطلب المدعى أن ينصب له وكيلا بعث القاضى الى داره رسولا مع شاهدين ينادى بحضرتهما ثلاثة أيام فى كل يوم ثلاث مرات يافلان بن فلان ان القاضى يقول لك احضر مع خصمك فلان مجلس الحكم والا نصبت لك وكيلا وقبلت بينته عليك فان لم يخرج نصب له وكيلا وسمع شهود المدعى وحكم عليه بمحضر وكيله اهـ ملخصا (قوله انه قول الكل) أى النصب عن الخصم المتوارى وهو الذى تعطيه عبارة الكمال (قوله وأن القاضى الخ) الذى فى شرح الادب هو ماذكرناه من تفويض المدة الى القاضى فى رؤية الشاهدين للمختفى لا فى مدة الختم والذى فى شرح الوهبانية مثل ماذكرناه أيضا (قوله ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضى لا للورثة) هذا مقيد بما اذا لم تتفق الورثة على أداء الدين كله من مالهم لما فى الثامن والعشرين من جامع الفصولين لو أرادت الورثة أداء دينه لتبقى تركته لهم فاتفقوا عليه وتحملوا قضاء دينه وانفاذ وصاياه من مالهم فلهم ذلك ولو اختلفوا فللوصى بيعها لدينه ووصاياه ولا يلتفت الى قولهم ثم قال وجاز لاحد الورثة استخلاص العين من التركة بأداء قيمته الى الغرماء لا الى الوارث الآخر اهـ وقوله بأداء قيمته الخ قال الرملى فى حاشيته عليه هذا اذا لم يكن الدين زائدا لانه ذكر قبله أن الدين لو كان زائدا على التركة فلهم استخلاصها بأداء دينه كله لا بقدر تركته كقن جنى يفديه مولاه بأرشه (قوله لا للورثة) أى الا برضى الغرماء حتى لو باع الوارث أى بدون رضى الغرماء لا ينفذ وكذلك المولى اذا حجر على العبد المأذون وعليه دين محيط ليس للمولى أن يبيع العبد ومافى يده وانما يبيعه القاضى كذا هذا منح عن العمادية ثم ذكر عن القنية قولين ثانيهما أن القاضى انما يبيع التركة المستغرقة لقضاء الدين اذا امتنع الورثة عن بيعها ولم يحك ترجيحا لكن اقتصاره فى المتن على القول الاول تبعا للدرر يفيد ترجيحه وحكى القولين فى التتارخانية والبزازية أيضا ورأيت بخط شيخ مشايخنا منلا على التركمانى مانصه أقول فلذا القضاة الآن يأذنون لبعض ورثة الميت المستغرقة تركته بالدين ببيعها لوفاء دينه توفيقا بين القولين وعملا بهما (تنبيه) لم يذكر بيع الوصى وفى جامع الفصولين يصح بيع الوصى تركة مستغرقة لو بقيمتها وليس للغرماء ابطاله (قوله لعدم ملكهم) قال فى جامع الفصولين ولو استغرقها دين لا يملكها بارث الا اذا أبرأ الميت غريمه أو أداه وارثه بشرط التبرع وقت الاداء أما لو أداه من مال نفسه مطلقا بلا شرط تبرع أو رجوع يجب له دين على الميت فتصير التركة مشغولة بدينه فلا يملكها حتى لو ترك ابنا وقنا ودينه مستغرق فأداه وارثه ثم أذن للقن فى التجارة أو كاتبه لم يصح اذ لم يملكه اهـ وتمام الكلام عنى ذلك فى المنح (تنبيه) قيد بالتركة المستغرقة لان غيرها ملك للورثة وفى جامع الفصولين عليه دين غير مستغرق فللحاضر من ورثته بيع حصته لحصته من الدين لا بيع حصة غيره للدين لانها ملك الوارث الآخر اذ الدين لم يستغرق فلو دفعت الورثة الى أحدهم كرما من التركة ليقضى دين مورثهم وهو غير مستغرق فقضاه صح لانه بيع منهم لحصتهم منه بقدر الدين لانهم لو دفعوه الى أجنبى لاداء الدين يكون بيعا كذا هذا (قوله حيث كان الدين لغيرهم) قال فى جامع الفصولين استغراق التركة بدين الوارث لا يمنع ارثه اذا كان هو وارثه لا غير اهـ ومفاده انه لو كان الدين لبعض الورثة فهو كدين الاجنبى بالنسبة الى باقى الورثة (تنبيه) ذكر الخير الرملى فى حاشية الفصولين أن قوله هنا لا يمنع ارثه لا ينافى ما مر آنفا من أن الوارث لو أدى دين الغريم بلا شرط تبرع لا يملكها لانه يثبت له الرجوع بأداء الدين بعد أن لم يكن له ملك فلا يملك القن الا بتمليك القاضى بخلاف الاستغراق بدينه ابتداء اذ لا مانع يمنعه من الملك اهـ (قوله يقرض القاضى الخ) أى يستحب له ذلك لانه لكثرة أشغاله لا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه والدفع بالقرض أنظر لليتيم لكونه مضمونا والوديعة أمانة وينبغى له أن يتفقد أحوال المستقرضين حتى لو اختل

مطلب فى الخصم اذا اختفى فى بيته

مطلب فى بيع التركة المستغرقة بالدين

فتغيبت الخامسة اذا توارى الخصم فالمتأخرون أن القاضى ينصب وكيلا فى الكل وهو قول الثانى خانية قلت ونقل شراح الوهبانية عن شرح أدب القاضى أنه قول الكل وأن القاضى يختم بيته مدة يراها ثم ينصب الوكيل (وولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضى لا للورثة) لعدم ملكهم حيث كان الدين لغيرهم (يقرض القاضى

مطلب دفع الورثة كرما من التركة الى أحدهم ليقضى دين مورثهم فقضاه يصح

مطلب للقاضى اقراض مال اليتيم ونحوه

مال الوقف والغائب) واللقطة (واليتيم) من ملىء مؤتمن حيث لا وصى ولا من يقبله مضاربة ولا مستغلا يشتريه وله أخذ المال من أب مبذر ووضعه عند عدل قنية (ويكتب الصك) ندبا ليحفظه (لا) يقرض (الاب) ولو قاضيا لانه لا يقضى لولده (و) لا (الوصى) ولا الملتقط فان أقرضوا ضمنوا لعجزهم عن التحصيل بخلاف القاضى ويستثنى اقراضهم للضرورة كحرق ونهب فيجوز اتفاقا بحر ومتى جاز للملتقط التصدق فالاقراض اولى (ولو قضى بالجور فالغرم عليه فى ماله ان متعمدا وأقر به) اى بالعمد (ولو خطأ فـ) الغرم (على المقضى له) درر

مطلب فيما لو قضى القاضى بالجور

أحدهم أخذ منه المال وتمامه فى البحر وليس للقاضى أن يستقرض ذلك لنفسه ط عن الهندية (قوله مال الوقف) ذكره فى البحر عن جامع الفصولين لكن فيه أيضا عن العدة يسع للمتولى اقراض مافضل من غلة الوقف لو أحرز اهـ ومقتضاه انه لا يختص بالقاضى مع انه صرح فى البحر عن الخزانة أن المتولى يضمن الا أن يقال انه حيث لم يكن الاقراض أحرز (قوله والغائب) زاد فى البحر وله بيع منقوله اذا خاف التلف اذا لم يعلم بمكان الغائب أما اذا علم فلا لانه يمكنه بعثه اليه اذا خاف التلف اهـ وانظر هل يقيد اقراضه ماله بما اذا لم يعلم مكانه (قوله واللقطة) الظاهر قراءته بالنصب عطفا على مال ويجوز جره عطفا على المضاف اليه وهو أولى لئلا يقع منصوبا بين مجرورين لكن الاضافة فيه بيانية وفيما قبله ومابعده لامية تأمل ثم الظاهر أن المراد باقراض القاضى اللقطة هنا ما اذا دفعها الملتقط اليه والا فالتصرف فيها من تصدق أو امساك للملتقط تأمل (قوله من ملىء) بالهمز فى المصباح رجل ملىء على فعيل غنى مقتدر ويجوز الابدال والادغام اهـ اى ابدال الهمزة ياء وادغامها فى الياء (قوله حيث لا وصى) هذا الشرط زاده فى البحر بحثا بقوله وينبغى أن يشترط لجواز اقراض القاضى عدم وصى لليتيم فان كان له وصى ولو منصوب القاضى لم يجز لانه من التصرف فى ماله وهو ممنوع منه مع وجود وصيه كما فى بيوع القنية اهـ ورده محشيه الرملى بأن اطلاق المتون على خلافه وبأنه اذا لم يجز منه والوصى ممنوع من الاقراض امتنع النظر لليتيم ولا قائل به تأمل اهـ لكنه أفتى فى وصايا الخيرية بأن للوصى اقراض مال اليتيم بأمر القاضى أخذا مما فى وقف البحر عن القنية من أن للمتولى اقراض مال المسجد بأمر القاضى قال والوصى مثل القيم لقولهم الوصية والوقف اخوان فلم يمتنع النظر لليتيم بهذه الجهة نعم يرد على البحر أن الوصى اذا كان لا يملك الاقراض بدون اذن القاضى علم أن ذلك لم يدخل تحت وصايته بل بقى للقاضى فلم يكن ممنوعا منه مع وجود الوصى كما لو نصب وصيا على يتيمة ليس لها ولى فللقاضى أن يزوجها بنفسه أو يأذن للوصى بتزويجها وليس للوصى ذلك بدون اذن اذ لا يدخل تحت وصايته بخلاف بيع مال اليتيم ونحوه فليس للقاضى فعله مع وجود الوصى فلذا لم يذكر هذا القيد فى المتون فافهم (قوله ولا من يقبله مضاربة الخ) فى البحر عن جامع الفصولين انما يملك القاضى اقراضه اذا لم يجد ما يشتريه له يكون غلة لليتيم لا لو وجده أو وجد من يضارب لانه انفع اهـ اى انفع من الاقراض وما قيل ان مال المضاربة أمانة غير مضمون فيكون الاقراض اولى فهو مدفوع بأن المضاربة فيها ربح بخلاف القرض (قوله ولا مستغلا يشتريه) اى ما يكون فيه لليتيم غلة كما علمت وهو منصوب بالعطف على محل اسم لا الاولى والا كان حقه الرفع او البناء على الفتح كما لا يخفى (قوله ليحفظه) اى بالاستذكار للمال وأسماء الشهود ونحو ذلك (قوله لا يقرض الاب) اى فى اصح الروايتين فتح قال فى البحر وفى خزانة الفتاوى الصحيح أن الاب كالقاضى فقد اختلف التصحيح والمعتمد ما فى المتون وشمل ما اذا أخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه وهو مروى عن الامام وقيل له ذلك ولم أر حكم الجد فى جواز اقراضه على رواية جوازه للاب والظاهر أنه كالاب لقولهم الجد أبو الاب كالاب الا فى مسائل واختلفوا فى اعارة الاب مال ولده الصغير وفى الصحيح لا اهـ (قوله لانه لا يقضى لولده) لانه ربما ينكر المستقرض فيحتاج للبينة والقضاء بها ط (قوله ولا الوصى) فلو فعل لا يعد خيانة فلا يعزل به وكذا ليس له أن يستقرض لنفسه على الاصح فلو فعل ثم أنفق على اليتيم مدة يكون متبرعا اذ صار ضامنا فلا يتخلص مالم يرفع الامر الى الحاكم ويملك الايداع والبيع نسيئة وتمامه فى البحر وفيه عن الخزانة اذا آجر الوصى أو الاب أو الجد أو القاضى الصغير فى عمل من الاعمال فالصحيح جوازها وان كانت بأقل من اجرة المثل اهـ اى لان للوصى والاب والجد استعماله بلا عوض بطريق التهذيب والرياضة فبالعوض اولى كما فى السابع والعشرين من جامع الفصولين وتمام أبحاث هذه المسائل فيه (قوله ومتى جاز الخ) تقييد لقوله ولا الملتقط بما اذا كان قبل جواز التصدق بها وهذا ذكره الزيلعى فى مسائل شتى آخر الكتاب بقوله الا أن الملتقط اذا انشد اللقطة ومضى مدة النشدات ينبغى أن يجوز له الاقراض من فقير لانه لو تصدق بها عليه فى هذه الحالة جاز فالقرض اولى اهـ فافهم (قوله ولو قضى بالجور الخ) القضاء بخلاف الحق اما عن خطأ أو عمد وكل على وجهين اما فى حقه تعالى او حق العبد فالخطأ فى حق العبد اما أن يمكن فيه التدارك والرد أو لا فان امكن بأن قضى بمال أو صدقة أو طلاق او اعتاق ثم ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون فى قذف يبطل القضاء ويرد العبد

ردقا والمرأة الى زوجها والمال الى من أخذ منه وان لم يمكن الرد بان قضى بالقصاص واقتص لا يقتل المقضى له ويصير صورة القضاء شبهة مانعة بل تجب الدية فى مال المقضى له وهذا كله اذا ظهر خطأ القاضى بالبينة أو باقرار المقضى له فلو باقرار القاضى لا يظهر فى حق المقضى له حتى لا يبطل القضاء فى حقه وأما الخطأ فى حقه تعالى بأن قضى بحد زنى أو سرقة أو شرب واستوفى الحد ثم ظهر أن الشهود كما مر فالضمان فى بيت المال وان كان القضاء بالجور عن عمد وأقر به فالضمان فى ماله فى الوجوه كلها بالجناية والاتلاف ويعزر القاضى ويعزل عن القضاء ط عن الهندية ملخصا (تنبيه) القاضى اذا قاس مسألة على مسألة وحكم ثم ظهر رواية بخلافه فالخصومة للمدعى عليه يوم القيمة مع القاضى والمدعى أما مع المدعى فلانه اثم بأخذ المال وأما مع القاضى فلانه اثم بالاجتهاد لان أحدا ليس من أهل الاجتهاد فى زماننا وبعض اذكياء خوارزم قاس المفتى على القاضى فأوردت أن القاضى صاحب مباشرة للحكم فكيف يؤاخذ السبب مع المباشر فانقطع وكان له أن يقول ان القاضى فى زماننا ملجأ الى الحكم بعد الفتوى لانه لو ترك يلام لانه غير عالم حتى يقضى بعلمه بزازية قبيل الشهادات قلت وفيه نظر فان هذا لا يسمى الجاء حقيقة والالزم أن تنقطع النسبة عن المباشر الى المتسبب كما لو اكره رجل آخر باتلاف عضو على أخذ مال انسان فان الضمان على المكره بالكسر لصيرورة المكره بالفتح كالآلة ولاشك أن ماهنا ليس كذلك فلم تنقطع النسبة عن المباشر وهو القاضى وان اثم المتسبب وهو المفتى ولا يقاس هذا على مسألة تضمين الساعى الى ظالم مع أن الساعى متسبب لا مباشر فان تلك مسألة استحسانية خارجة عن القياس زجرا عن السعاية لكن قد يقال ان هذا حكم الضمان فى الدنيا والكلام فى الخصومة فى الآخرة ولاشك فى أن كلا من المباشر والمتسبب ظالم آثم وللمظلوم الخصومة معهما وان اختلف ظلمهما فان المباشر ظلمه أشد كمن امسك رجلا حتى قتله آخر (قوله انعزل عن القضاء) الظاهر أن هذا وما بعده مبنيان على رواية انعزاله بالفسق وتقدم أن المذهب أنه لا ينعزل بل يستحق العزل (قوله وفيه) لم يذكر ذلك فى المنح فيعود الضمير الى السراج (قوله وشهادته) اى اذا أراد أن يشهد شهادة عند القاضى المولى لا يقبلها لفسقه بغلبة الجور والرشوة فافهم (قوله القضاء مظهر لامثبت) لان الحق المحكوم به كان ثابتا والقضاء اظهره والمراد ما كان ثابتا ولو تقديرا كالقضاء بشهادة الزور كما مر بيانه فى تعريف القضاء عن ابن الغرس (قوله ويتخصص بزمان ومكان وخصومة) عزاه فى الاشباه الى الخلاصة وقال فى الفتح من أول كتاب القضاء الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كقوله اذا وصلت الى بلدة كذا فأنت قاضيها واذا وصلت الى مكة فأنت أمير الموسم والاضافة كجعلتك قاضيا فى رأس الشهر والاستثناء منها كجعلتك قاضيا الا فى قضية فلان ولا تنظر فى قضية كذا والدليل على جواز تعليق الامارة واضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث البعث الى موتة وأمر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد بن حارثة فجعفر أميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وهذه القصة مما اتفق عليها جميع اهل السير والمغازى اه (قوله بعد خمسة عشر سنة) المناسب خمس عشرة بتذكير الاول وتأنيث الثانى لكون المعدود مؤنثا وهو سنة وأجاب ط بأنه على تأويل السنة بالعام أو الحول (قوله فلا تسمع الآن بعدها) اى لنهى السلطان عن سماعها بعدها فقد قال السيد الحموى فى حاشية الاشباه أخبرنى استاذى شيخ الاسلام يحيى أفندى الشهير بالمنقارى أن السلاطين الآن يأمرون قضاتهم فى جميع ولاياتهم أن لا يسمعوا دعوى بعد مضى خمس عشرة سنة سوى الوقف والارث اه ونقل فى الحامدية فتاوى من المذاهب الاربعة بعدم سماعها بعد النهى المذكور لكن هل يبقى النهى بعد موت السلطان الذى نهى بحيث لا يحتاج من بعده الى نهى جديد أفتى فى الخيرية بأنه لا بد من تجديد النهى ولا يستمر النهى بعده وبأنه اذا اختلف الخصمان فى أنه منهى او غير منهى فالقول للقاضى مالم يثبت المحكوم عليه النهى وأطال فى ذلك وأطاب فراجعه وأما ماذكره السيد الحموى أيضا من أنه قد علم من عادتهم يعنى سلاطين آل عثمان نصرهم الرحمن من انه اذا تولى سلطان عرض عليه قانون من قبله وأخذ أمره باتباعه فلا يفيد هنا لان معناه أن يلتزم قانون أسلافه بأن يأمر بما أمروا به وينهى عما نهوا عنه ولا يلزم منه أنه اذا ولى قاضيا ولم ينهه عن سماع هذه الدعوى أن يصير قاضيه منهيا بمجرد ذلك وانما يلزم منه انه اذا ولاه ينهاه صريحا ليكون عاملا بما التزمه من القانون كما اشتهر أنه حين يوليه الآن يأمره فى منشوره بالحكم بأصح أقوال المذهب كعادة من قبله وتمام الكلام على ذلك فى كتابنا تنقيح الحامدية فراجعه وأطلنا الكلام عليه

مطلب
اذا قاس القاضى واخطأ فالخصومة للمدعى عليه مع القاضى والمدعى يوم القيامة

وفى المنح معزيا للسراج قال محمد لو قال تعمدت الجور انعزل عن القضاء وفيه عن أبى يوسف اذا غلب جوره ورشوته ردت قضاياه وشهادته (فروع) القضاء مظهر لامثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة فسمعها لم ينفذ قلت فلا تسمع الآن بعدها الا بأمر

مطلب
القضاء يقبل التقييد والتعليق

مطلب
فى عدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة

مطلب
هل يبقى النهى بعد موت السلطان

الا فى الوقف والارث ووجود عذر شرعى وبه أفتى المفتى ابو السعود فليحفظ

أيضا فى كتابنا تنبيه الولاة والحكام (قوله الا فى الوقف والارث ووجود عذر شرعى) استثناء الارث موافق لما مر عن الحموى ولما فى الحامدية عن فتاوى أحمد أفندى المهمندارى مفتى دمشق انه كتب على ثلاث اسئلة أنه تسمع دعوى الارث ولا يمنعها طول المدة ويخالفه ما فى الخيرية حيث ذكر أن المستثنى ثلاثة مال اليتيم والوقف والغائب ومقتضاه أن الارث غير مستثنى فلا تسمع دعواه بعد هذه المدة وقد نقل فى الحامدية عن المهمندارى أيضا انه كتب على سؤال آخر فيمن تركت دعواها الارث بعد بلوغها خمس عشرة سنة بلا عذر أن الدعوى لا تسمع الا بأمر سلطانى ونقل أيضا مثله فتوى تركية عن المولى أبى السعود وتعريبها اذا تركت دعوى الارث بلا عذر شرعى خمس عشرة سنة فهل لا تسمع الجواب لا تسمع الا اذا اعترف الخصم بالحق ونقل مثله شيخ مشايخنا التركمانى عن فتاوى على أفندى مفتى الروم ونقل مثله أيضا شيخ مشايخنا السائحانى عن فتاوى عبد الله افندى مفتى الروم وهذا الذى رأينا عليه عمل من قبلنا فالظاهر أنه ورد نهى جديد بعدم سماع دعوى الارث والله سبحانه اعلم (تنبيهات) الاول قد استفيد من كلام الشارح أن عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة انما هو للنهى عنه من السلطان فيكون القاضى معزولا عن سماعها لما علمت من أن القضاء يتخصص فلذا قال الا بأمر اى فاذا أمر بسماعها بعد هذه المدة تسمع وسبب النهى قطع الحيل والتزوير فلا ينافى ما فى الاشباه وغيرها من أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان اه ولذا قال فى الاشباه أيضا ويجب عليه سماعها اه اى يجب على السلطان الذى نهى قضاته عن سماع الدعوى بعد هذه المدة أن يسمعها بنفسه أو يأمر بسماعها كيلا يضيع حق المدعى والظاهر أن هذا حيث لم يظهر من المدعى أمارة التزوير وفى بعض نسخ الاشباه ويجب عليه عدم سماعها وعليه فالضمير يعود للقاضى المنهى عن سماعها لكن الاول هو المذكور فى معين المفتى الثانى أن النهى حيث كان للقاضى لا ينافى سماعها من المحكم بل قال المصنف فى معين المفتى ان القاضى لا يسمعها من حيث كونه قاضيا فلو حكمه الخصمان فى تلك القضية التى مضى عليها المدة المذكورة فله أن يسمعها الثالث عدم سماع القاضى لها انما هو عند انكار الخصم فلو اعترف تسمع كما علم مما قدمناه من فتوى المولى أبى السعود افندى اذ لا تزوير مع الاقرار الرابع عدم سماعها حيث تحقق تركها هذه المدة فلو ادعى فى أثنائها لا يمنع بل تسمع دعواه ثانيا ما لم يكن بين الدعوى الاولى والثانية هذه المدة ورأيت بخط شيخ مشايخنا التركمانى فى مجموعته أن شرطها اى شرط الدعوى مجلس القاضى فلا تصح الدعوى فى مجلس غيره كالشهادة تنوير وبحر ودرر قال واستفيد منه جواب حادثة الفتوى وهى أن زيدا ترك دعواه على عمرو مدة خمس عشرة سنة ولم يدع عند القاضى بل طالبه بحقه مرارا فى غير مجلس القاضى فمقتضى ما مر لا تسمع لعدم شرط الدعوى فليكن على ذكر منك فانه تكرر السؤال عنها وصريح فتوى شيخ الاسلام على افندى انه اذا ادعى عند القاضى مرارا ولم يفصل القاضى الدعوى ومضت المدة المزبورة تسمع لانه صدق عليه انه لم يتركها عند القاضى اه ما فى المجموعة وبه أفتى فى الحامدية ثم لا يخفى أن ترك الدعوى انما يتحقق بعد ثبوت حق طلبها فلو مات زوج المرأة أو طلقها بعد عشرين سنة مثلا من وقت النكاح فلها طلب مؤخر المهر لان حق طلبه انما ثبت لها بعد الموت او الطلاق لا من وقت النكاح ومثله ما يأتى فيما لو أخر الدعوى هذه المدة لاعسار المديون ثم ثبت يساره بعدها وبه يعلم جواب حادثة الفتوى سئلت عنها حين كتابتى لهذا المحل فى رجل له كدك دكان وقف مشتمل على منجور وغيره وضعه من ماله فى الدكان باذن ناظر الوقف من نحو أربعين سنة وتصرف فيه هو وورثته من بعده فى هذه المدة ثم انكره الناظر الآن وأنكر وضعه بالاذن وأراد الورثة اثباته واثبات الاذن بوضعه والذى ظهر لى فى الجواب سماع البينة فى ذلك لانه حيث كان فى يدهم ويد مورثهم هذه المدة بدون معارض لم يكن ذلك تركا للدعوى ونظير ذلك ما لو ادعى زيد على عمرو بدار فى يده فقال له عمرو كنت اشتريتها منك من عشرين سنة وهى فى ملكى الى الآن وكذبه زيد فى الشراء فتسمع بينة عمرو على الشراء المذكور بعد هذه المدة لان الدعوى توجهت عليه الآن وقبلها كان واضع اليد بلا معارض فلم يكن مطالبا باثبات ملكيتها فلم يكن تاركا للدعوى ومثله فيما يظهر أن مستأجر دار الوقف يعمرها باذن الناظر وينفق عليها مبلغا من الدراهم بصير دينا له على الوقف ويسمى فى زماننا مرصدا ولا يطالب به ما دام فى الدار فاذا خرج منها فله الدعوى على الناظر بمرصده المذكور وان طالت مدته حيث جرت العادة بأنه لا يطالب به قبل خروجه ولا سيما اذا كان فى كل سنة يقتطع بعضه من اجرة الدار فليتأمل الخامس

* أمر السلطان انما ينفذ اذا وافق الشرع والافلا اشباه من القاعدة الخامسة وفوائد شتى فلو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له لا تكلف قضاتك الى امر يلزم منه سخطك اوسخط الخالق تعالى * قضاء الباشا وكتابه الى القاضي جائز ان لم يكن قاض مولى من ٢ السلطان * الحاكم كالقاضي الا في اربعة عشر مسألة ذكرناها في شرح الكنز يعني في البحر * وفي الفصل الاول من جامع الفصولين القاضي بتأخير الحكم يأثم ويعزر ويعزل وفي الاشباه لايجوز للقاضي تأخير الحكم بعد وجود ٣ شرائطه الا في ثلاث لريبة ولرجاء صلح أقارب واذا استمهل المدعي

٢ مطلب
اذا ترك الدعوى ثلاثة وثلاثين سنة لاتسمع

٣ مطلب
باع عقارا وأحد أقاربه حاضر ٤ لاتسمع دعواه

٤ مطلب
طاعة الامام واجبة

استثناء الشارح العذر الشرعي أعم مما في الخيرية من الاقتصار على استثناء الوقف ومال اليتيم والغائب لان العذر يشمل مالو كان المدعى عليه حاكما ظالما كما يأتي ومالو كان ثابت الاعسار في هذه المدة ثم أيسر بعدها فتسمع كما ذكره في الحامدية السادس استثناء مال اليتيم مقيد بما اذا لم يتركها بعد بلوغه هذه المدة وبما اذا لم يكن له ولي كما يأتي وفي الحامدية لو كان أحد الورثة قاصرا والباقي بالغين تسمع الدعوى بالنظر الى القاصر بقدر ما يخصه دون البالغين السابع استثنوا الغائب والوقف ولم يبينوا له مدة فتسمع من الغائب ولو بعد خمسين سنة ويؤيده قوله في الخيرية من المقرر أن الترك لا يتأتى من الغائب له أو عليه لعدم تأتي الجواب منه بالغيبة والعلة خشية التزوير ولا يتأتى بالغيبة الدعوى عليه فلا فرق فيه بين غيبة المدعي والمدعى عليه اهـ وكذا الظاهر في باقي الاعذار أنه لامدة لها الابقاء العذر وان طالت مدته يؤكد عدم التزوير بخلاف الوقف فانه لو طالت مدة دعواه بلا عذر ثلاثة وثلاثين سنة لا تسمع كما أفتى به في الحامدية أخذا مما ذكر في البحر في كتاب الدعوى عن ابن الغرس عن المبسوط اذا ترك الدعوى ثلاثة وثلاثين سنة ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لا تسمع دعواه لان ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا اهـ وفي جامع الفتاوى عن فتاوى العتابي قال المتأخرون من اهل الفتوى لا تسمع الدعوى بعد ستة وثلاثين سنة الا أن يكون المدعي غائبا أو صبيا أو مجنونا وليس لهما ولي أو المدعى عليه أميرا جائرا اهـ ونقل ط عن الخلاصة لا تسمع بعد ثلاثين سنة اهـ ثم لا يخفى أن هذا ليس مبنيا على المنع السلطاني بل هو منع من الفقهاء فلا تسمع الدعوى بعده وان أمر السلطان بسماعها الثامن سماع الدعوى قبل مضي المدة المحدودة مقيد بما اذا لم يمنع منه مانع آخر يدل على عدم الحق ظاهرا لما سيأتي في مسائل شتى آخر الكتاب من أنه لو باع عقارا أو غيره وامرأته أو أحد اقاربه حاضر يعلم به ثم ادعى ابنه مثلا انه ملكه لا تسمع دعواه وجعل سكوته كالافصاح قطعا للتزوير والحيل بخلاف الاجنبي فان سكوته ولو جارا لا يكون رضى الا اذا سكت الجار وقت البيع والتسليم وتصرف المشتري فيه زرعا وبناء فلا تسمع دعواه على ما عليه الفتوى قطعا للاطماع الفاسدة اهـ وأطال في تحقيقه في الخيرية من كتاب الدعوى فقد جعلوا مجرد سكوت القريب او الزوجة عند البيع مانعا من دعواه بلا تقييد باطلاعه على تصرف المشتري كما اطلقه في الكنز والملتقى وأما دعوى الاجنبي ولو جارا فلا بد في منعها من السكوت بعد الاطلاع على تصرف المشتري ولم يقيدوه بمدة وقد أجاب المصنف في فتاواه فيمن له بيت يسكنه مدة تزيد على ثلاث سنين ويتصرف فيه هدما وعمارة مع اطلاع جاره على ذلك بأنه لا تسمع دعوى الجار عليه البيت او بعضه على ما عليه الفتوى وسيأتي تمام الكلام على ذلك آخر الكتاب في مسائل شتى قبيل الفرائض ان شاء الله تعالى فانظره هناك فانه مهم (قوله امر السلطان انما ينفذ) اي يتبع ولا تجوز مخالفته وسيأتي قبيل الشهادات عند قوله امرك قاض بقطع اورجم الخ التعليل بوجوب طاعة ولي الامر وفي ط عن الحموي أن صاحب البحر ذكر ناقلا عن أئمتنا أن طاعة الامام في غير معصية واجبة فلو أمر بصوم يوم وجب اهـ وقدمنا أن السلطان لو حكم بين الخصمين ينفذ في الاصح وبه يفتى (قوله يلزم منه سخطك) اي ان عصوك وسخط الخالق اي ان أطاعوك اهـ ح عن الاشباه وفي سخط ضم المهملة مع سكون الخاء المعجمة وفتحهما ونقل عن الصيرفية جواز التحليف وهو مقيد بما اذا رآه القاضي جائزا أي بأن كان ذا رأي أما اذا لم يكن له رأي فلا ط عن أبي السعود والمراد بالرأي الاجتهاد (قوله قضاء الباشا الخ) قدمنا الكلام عليه قبيل قول المصنف لا يقضي على غائب ولا له (قوله الحاكم كالقاضي) في بعض النسخ المحكم وهو الذي في البحر والاشباه (قوله الا في اربعة عشر مسألة) سيأتي في آخر باب التحكيم انه في البحر عدها سبعة عشر ويأتي بيانه هناك مع زيادة عليها (قوله ذكرناها) من كلام الاشباه (قوله ويعزل) اي يستحق العزل كما في الزيلعي (قوله لريبة) اي اذا كان له ريبة في الشهود ومنها ثلاثة شهدوا عنده ثم قال أحدهم قبل القضاء أستغفر الله كذبت في شهادتي فسمعه القاضي بلا تعيين شخصه فسألهم فقالوا كلنا على شهادتنا فانه لا يقضي بشهادتهم ويخرجهم من عنده حتى ينظر في ذلك بيري (قوله ولرجاء صلح اقارب) وكذا الاجانب لان القضاء يورث الضغينة فيحترز عنه مهما امكن ط عن الشيخ صالح وفي البيري عن خزانة الاكمل اذا اطمع القاضي في ارضاء الخصمين لا بأس بردهم ولا ينفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان ولا يردهما اكثر من مرتين وان لم يطمع أنفذ القضاء اهـ (قوله واذا استمهل المدعي)

أراد أن المدعى اذا استمهل من القاضي حتى يحضر بينة فانه يمهله وكذا اذا أقام البينة ثم ان المدعى عليه استمهل من القاضي حتى يأتي بالدفع فانه يجيبه ولا يعجل بالحكم اهـ وهذا بعد أن يسأله عن الدفع وكان صحيحا فلو فاسدا لا يمهله ولا يلتفت اليه كما في قاضي خان بيري قلت وسيأتي قبيل باب دعوى الرجلين أنه لو قال المدعى عليه لي دفع يمهل الى المجلس الثاني وزاد البيري عن الخلاصة مسألة اخرى يؤخرفيها اذا لم يعتمد على فتوى اهل مصره فبعث الفتوى الى مصر آخر لا يأثم بتأخير القضاء (قوله لا يصح رجوعه عن قضائه) فلو قال رجعت عن قضائي اووقعت في تلبيس الشهود أو ابطلت حكمي لم يصح والقضاء ماض كما في الخانية اشباه قيد بالرجوع لانه لو أنكر القضاء وقال الشهود قضى فالقول له على المفتى به ذكره ابن الغرس وقدمنا اول القضاء عن جامع الفصولين اعتماد خلافه في زماننا (قوله لو بعلمه) كما اذا اعترف عنده شخص لآخر بمبلغ وغاب عنه ثم تداعى عنده اثنان فحكم على أحدهما ظانا انه ذلك المعترف ثم تبين له أنه غيره له نقضه وتمامه في شرح الوهبانية وهذا مبني على أن للقاضي العمل بعلمه والفتوى على عدمه في زماننا كما نقله في الاشباه عن جامع الفصولين وقيد بزماننا لفساد القضاة فيه وأصل المذهب الجواز وسيأتي تمامه في باب كتاب القاضي الى القاضي (قوله اوظهر خطأه) تقدم بيانه عند قوله ولو قضى بالجور (قوله اوبخلاف مذهبه) تقدم بيانه عند قوله قضى في مجتهد فيه بخلاف رأيه (قوله فعل القاضي حكم الخ) كذا في الاشباه تفريعا واستثناء وذكر في البحر أول كتاب القضاء فعل القاضي على وجهين الاول ما لا يكون موضعا للحكم كما لو أذن له مكلفة بتزويجها فزوجها فانه وكيل عنها ففعله ليس بحكم كما في القاسمية الثاني ما يكون محلا للحكم كتزويج صغيرة لا ولي لها وشرائه وبيعه مال اليتيم وقسمته العقار ونحو ذلك فجزم في التجنيس بأنه حكم وكذا تزويجه اليتيمة من ابنه ورده في نكاح الفتح بأن الاوجه انه ليس بحكم لانتفاء شرطه اي من الدعوى الصحيحة وبأن الحاقه بالوكيل يكفي للمنع يعني أن الوكيل بالنكاح لا يملك التزويج من ابنه فالقاضي بمنزلته فيغني ذلك عن كونه حكما وعلى هذا فقولهم شراء القاضي مال اليتيم أوشيأ من الغنيمة لنفسه لا يجوز لانه حكم لنفسه خلاف الاوجه لان الحاقه بالوكيل للمنع مغن عن كونه حكما لان شراء الوكيل لنفسه باطل لكن لما كثر في كلامهم كون فعله حكما فالاولى أن يقال تصحيحا للكلام مهم ان الحكم القولي يحتاج الى الدعوى والفعلي لا كالقضاء الضمني لا يحتاج اليها وانما يحتاجها القصدي ويدخل الضمني تبعا وقال محمد في الاصل لو طلب الورثة القسمة للعقار وفيهم غائب اوصغير قال الامام لا اقسم مالم يبرهنوا على الموت والمواريث ولا اقضي على الغائب والصغير بقولهم لان قسمة القاضي قضاء منه وقالا يقسم اهـ وهذا قاطع للشبهة فتعين الرجوع الى الحق اهـ ما في البحر ملخصا وحاصله أن ما في الاصل لا يمكن الحاقه بالوكيل في المنع من القسمة فتعين أن العلة ما نص عليها من كون فعله حكما وتعين التوفيق بما ذكر من أن القضاء الفعلي لا يحتاج الى الدعوى كالضمني بخلاف القولي القصدي وبه اندفع ما مر عن الفتح من قوله لانتفاء شرطه واندفع أيضا قول ابن الغرس ان الصواب أن الفعل لا يكون حكما نعم قال في النهر مما يدل على أنه ليس بحكم اثباتهم خيار البلوغ للصغير والصغيرة بتزويج القاضي على الاصح اذ لو كان تزويجه حكما لزم نقضه اهـ قلت وقد يقال ان معنى كونه حكما أنه اذا زوج اليتيمة ليس لغيره نقضه كما أفتى به ابن نجيم اي لو رفع الى حاكم آخر لا يراه ليس له نقضه بل عليه تنفيذه لان الحكم يرفع الخلاف ولا يلزم من هذا أنه ليس لها خيار البلوغ كما لو زوجها عصبة غير الاب والجد وحكم به القاضي فان حكمه بصحة العقد لا ينافي ثبوت خيار البلوغ كما لا يخفى فكذا هنا بالاولى (تتمة) قال في الاشباه القضاء الضمني لا تشترط له الدعوى والخصومة فاذا شهدا على خصم بحق وذكرا اسمه واسم أبيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وان لم يكن في حادثة النسب اهـ اي اذا كان المشهود عليه غيرمشار اليه فلو مشارا اليه لا يثبت نسبه كما اوضحه الحموي ثم قال في الاشباه وعلى هذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلانا في كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما وهي حادثة الفتوى ونظيره ما في الخلاصة من طريق الحكم بثبوت الرمضانية أن يعلق رجل وكالة فلان بدخول رمضان ويدعي بحق على آخر ويتنازعا في دخوله فتقام البينة على رؤياه فيثبت رمضان ضمن ثبوت التوكيل وأصل القضاء الضمني ما ذكره اصحاب المتون من أنه لو ادعى كفالة على رجل بمال باذنه فأقر بها وانكر

مطلب
لا يصح رجوع القاضي عن قضائه الا في ثلاث

مطلب
في حكم القاضي بعلمه

مطلب
فعل القاضي حكم

لا يصح رجوعه عن قضائه الا في ثلاث لو بعلمه أو ظهر خطأه او بخلاف مذهبه * فعل القاضي حكم

مطلب
القضاء القولي يحتاج للدعوى بخلاف الفعلي والضمني

مطلب
في القضاء الضمني

الدين فبرهن على الكفيل بالدين وقضى عليه بها كان قضاء عليه قصدا وعلى الاصيل الغائب ضمنا وله فروع وتفاصيل ذكرناها فى الشرح اه (قوله الا فى مسألتين الخ) استثناء من قوله فعل القاضى حكم ووجه الاولى أن فعله بطريق الوكالة ووجه الثانية أن فعله كفعل الواقف فلقاض آخر نقضه كما فى منتخب المحيط الرضوى وقيد ذلك فيه بقيد عن بعض المشايخ فانه قال وان أعطى القاضى بعض القرابة اى فقيرا من قرابة الواقف ولم يقض له بذلك ولم يجعله راتبة فى الوقف كان لقاض آخر نقضه لكن ذكر فى الاشباه من القاعدة الخامسة أن تقرير القاضى المرتبات غير لازم الا اذا حكم بعدم تقرير غيره فحينئذ يلزم وهى فى الخصاف أفاده البيرى (قوله أمر القاضى حكم) قدمنا اول القضاء انهم اتفقوا على أن امره بحبس المدعى عليه بالحق كامره بالاخذ منه وعلى أن امره بصرف كذا من وقف الفقراء الى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم حتى لو صرفه الى فقير آخر صح واختلفوا فى قولهم سلم الدار وتمام الكلام عليه فى البحر والنهر هنالك (قوله القاضى يحلف غريم الميت) لم يبين أن هذا التحليف واجب أم لا وتوقف فيه المقدسى لكن قال فى الخلاصة عن أدب القاضى للخصاف واجمعوا على أن من ادعى دينا على الميت يحلف من غير طلب الوصى والوارث بالله ما استوفيت دينك من المديون ولا من أحد أداه اليك عنه ولا قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيأ منه ولا احلت بذلك ولا بشئ منه على احد ولا عندك به ولا بشئ منه رهن اه وعلله الصدر الشهيد بأن اليمين ليست للوارث ههنا وانما هى للتركة لانه قد يكون له غريم آخر أو موصى له فالحق فى هذا فى تركة الميت فعلى القاضى الاحتياط فى ذلك وقال قبله ولا يدفع له شيأ حتى يستحلفه اه فحيث اجمعوا على تحليفه وذكروا أنه لا يدفع اليه المال حتى يستحلف ولم يفعل ذلك لم تستوف الدعوى شرطها فلا ينفذ حكمه بالدفع والقبض والقاضى مامور بالحكم بأصح اقوال الامام فاذا حكم بغيره لم يصح فكيف وقد أجمعوا على التحليف وتمامه فى الحامدية قال فى البحر من الدعوى ولا خصوصية للدين بل فى كل موضع يدعى حقا فى التركة وأثبته بالبينة وعزاه الى الولوالجية ثم قال ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغى أن يحلف احتياطا اه قال محشيه الرملى قد يقال انما يحلف فى مسألة مدعى الدين على الميت احتياطا لاحتمال انهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفاه فى باطن الامر وأما فى مسألة دفع الدين فقد شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى الاحتمال المذكور اه وهذا وجيه كما لا يخفى (تنبيه) قيد بالقاضى لان للوصى أن يدفع ذلك للمقر له اذا أقر به الميت عنده كما نصوا عليه وتمامه فى البيرى (قوله ولو أقر به المريض) اى فى مرض موته قال فى التتارخانية وقال القاضى الامام ابو على النسفى عرفنا أن الدين اذا تقادم وجوبه حتى يتوهم سقوطه بهذه الاسباب فغريم الميت يستحلف وكنا نظن أن الدين اذا ثبت باقرار المريض فى مرض موته أن الغريم لا يستحلف لانه ذكر فى المبسوط فى مواضع أن المريض اذا أقر فى مرضه بالديون للغرماء فانهم يعطون ذلك ولم يشترط اليمين والخصاف ذكر اليمين هنا وهذا شئ استفيد من جهته اه بيرى (قوله أنه حلف المخدرة) هى التى لا تخالط الرجال وان خرجت لحاجة وحمام كذا ذكره الشارح عن القنية فى باب الشهادة على الشهادة (قوله الا بشاهدين) هذه عبارة الاشباه وظاهرها انه لا بد من شاهدين غير الامين وقدم عن الصغرى أنه يقبل قول شاهد معه قال الشيخ صالح ولعل ذلك لاختلاف الروايتين ط (قوله وقدمنا فى الوقف الخ) كان الاولى ذكره عند قوله امر السلطان انما ينفذ الخ (قوله أن للسلطان مخالفة شرط الواقف) فيجوز له احداث وظيفة اومرتب اذا كان المقرر فى ذلك من مصارف بيت المال ط (قوله لو غالبه قرى ومزارع) بأن كان الواقف له سلطانا اوواحدا من الامراء ولم يعلم تملكه لها بوجه شرعى ولذا علله الشارح هنالك بقوله لان اصلها لبيت المال وأفتى المفتى ابو السعود أفندى بأن اوقاف الملوك والامراء لا يراعى شروطها لانها من بيت المال اوترجع اليه اه وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى الوقف (قوله وأجاب صنعى أفندى) اى عن سؤال سئل عنه (قوله متى كان فى الوقف سعة) بفتح السين والعين المهملتين اى بأن كانت غلته وافرة (قوله ولم يقصر) اى ذو الوظيفة التى أحدثها السلطان (قوله لا يمنع) اى من تناول ماقرره له (قوله يحبس الولى الخ) فى البحر لا يحبس صبى على دين الاستهلاك ولو له مال من عروض وعقار اذا لم يكن له أب أو وصى والرأى فيه للقاضى فيأذن فى بيع بعض ماله للايفاء ولو له أب أو وصى يحبس ان امتنع من قضاء دينه من ماله اى مال

مطلب
امر القاضى حكم

مطلب
يحلف القاضى غريم الميت

فلو زوج اليتيمة من نفسه او ابنه لم يجز الا فى مسألتين اذا أذن الولى للقاضى بتزويجها كان وكيلا واذا أعطى فقيرا من وقف الفقراء كان له اعطاء غيره * أمر القاضى حكم الا فى مسألة الوقف المذكورة فأمره فتوى فلو صرف لغيره صح * القاضى يحلف غريم الميت ولو أقر به المريض * لا يقبل قول أمين القاضى انه حلف المخدرة الا بشاهدين * من اعتمد على أمر القاضى الذى ليس بشرعى لم يخرج عن العهدة اه وقدمنا فى الوقف عن المنظومة المحبية معزيا للمبسوط أن للسلطان مخالفة شرط الواقف لو غالبه قرى ومزارع وانه يعمل بأمره وان غاير الشرط فليحفظ قلت وأجاب صنعى أفندى بأنه متى كان فى الوقف سعة ولم يقصر فى أداء خدمته لا يمنع فتنبه وفى الوهبانية يحبس الولى بدين الصغير حتى يوفيه او يظهر فقر الصغير

مطلب
فى حبس الصبى

الصبي ولايحبس الصبي الابطريق التأديب لئلا يتجاسر الى مثله اذا باشر شيأ من اسباب التعدي قصدا فلو خطأ فلا كذا في كفالة المبسوط وفي المحيط للقاضي حبس الصبي التاجر تأديبا لاعقوبة لئلا يماطل حقوق العباد فان الصبي يؤدب لينزجر عن الافعال الذميمة اه (قوله فيتأمل نفيه هنا) قد علمت من عبارتي المبسوط والمحيط أن نفيه على وجه العقوبة واثباته على وجه التأديب وهو شامل أيضا للمأذون والمحجور فافهم (قوله قال) اى الشرنبلالي وقد عزاه في النهر الى الطرسوسي أخذا من قول المبسوط ولوله أب او وصي الخ (قوله فللقاضي نقضه) اى نقض بيع الاب والوصي لو النقض اصلح للصغير (قوله كما نظمه الشارح) اى شارح الوهبانية القاضي عبد البر بن الشحنة (قوله ولو مصلحا) انما ذكره لانهم صرحوا بأن شرط بيع الاب عقار الصغير بمثل القيمة كونه محمودا او مستورا فلو كان مفسدا لا يجوز الا بضعف القيمة (قوله والاصلح النقض) الواو للحال وقوله يسطر بسكون السين جملة استئنافية (قوله ويحبس الخ) اى يحبس الوالد والوصي في دين على الطفل لاجنبي اذا كان للطفل مال وامتنعا من أدائه كما علم مما مر (قوله وصي) على تقدير الواو العاطفة (قوله وللتأديب الخ) اى وحبس الصبي للتأديب بعض المشايخ تصوروا (قوله وفي الدين لم يحبس أب) تقدمت هذه المسألة في قوله لا يحبس أصل وان علا في دين فرعه بل يقضي القاضي دينه من عين ماله أو قيمته الخ واحترز بالدين عن النفقة فانه يحبس بها كما مر هنالك (قوله ومكاتب) بفتح التاء اى لا يحبس المكاتب بدين الكتابة فان كان دينا آخر يحبس به للمولى ومنهم من منعه لانه يتمكن من اسقاطه بالتعجيز وصححه في المبسوط وعليه الفتوى بحر عن انفع الوسائل (قوله وعبد لمولاه) اى لدين مولاه اطلقه الزيلعي فظاهره ولو كان مديونا بحر (قوله كعكس) اى عكس المكاتب والعبد فلا يحبس المولى بدين مكاتبه ان كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة والا يحبس لتوقفها على الرضى ولا يحبس المولى بدين عبده المأذون غير المديون وان مديونا يحبس لحق الغرماء بحر وذكره الشارح بعد (قوله ومعسر) اى من ظهر اعساره بعد حبسه المدة التي يراها القاضي فلا يحبس بعدها وبهذا بلغ عدد من لا يحبس سبعة اولها الصبي وكلها في النظم وقد عدها في البحر كذلك لكنه اسقط المعسر وذكر بدله العاقلة ان كان لهم عطاء فلا يحبسون في دية وأرش ويؤخذ من العطاء وان لم يكن عطاء يحبسون ثم قال ويزاد مسألتان لا يحبس المديون اذا علم القاضي أن له مالا غائبا او محبوسا وموسرا فصارت تسعا اه قلت وبالمعسر صارت عشرا (قوله ثم الخ) تقييد لقوله كعكس (قوله الا فيما كان من جنس الكتابة) الاولى أن يقول ان لم يكن من جنس الكتابة فانه تقييد أيضا لقوله كعكس كما علم من عبارة البحر المارة آنفا (قوله سيدا) مفعول مقدم على فاعله وهو مكاتبه (قوله والعبد فيها) اى في الكتابة مخير لانها عقد غير لازم في جانبه فله فسخها (قوله المحرر) اسم فاعل اى الذي حرر الكتب وصححها واحتاج اليها لاعتماده عليها (قوله اذ هو بالكتب ماهو معسر) اذ قضاء الدين مقدم على حاجته اليها وان كان فقيرا في حق أخذ الصدقة وعدم وجوب الزكاة كما لو كان له قوت شهر فانه يباع عليه وهو موسر ولا يباع عليه قوت يومه كما في القنية والله سبحانه أعلم

* (باب التحكيم) *

لما كان من فروع القضاء وكان أحط رتبة من القضاء اخره ولهذا قال ابو يوسف لا يجوز تعليقه بالشرط واضافته الى وقت بخلاف القضاء لكونه صلحا من وجه بحر (قوله هو لغة الخ) في الصحاح ويقال حكمته في مالي اذا جعلت اليه الحكم فيه اه وهذه العبارة لاتدل على أن التحكيم لغة خاص بالمال خلافا لما توهمه عبارة الشارح ولذا قال في المصباح حكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم اليه (قوله وعرفا تولية الخصمين) اى الفريقين المتخاصمين فيشمل مالو تعدد الفريقان ولذا أعيد عليهما ضمير الجماعة في قوله تعالى هذان خصمان اختصموا وفي المصباح الخصم يقع على المفرد وغيره والذكر والانثى بلفظ واحد وفي لغة يطابق في التثنية والجمع فيجمع على خصوم وخصام اه فافهم (قوله حاكما) المراد به ما يعم الواحد والمتعدد (تنبيه) في البحر عن البزازية قال بعض علمائنا اكثر قضاة عهدنا في بلادنا مصالحون لانهم تقلدوا القضاء بالرشوة ويجوز أن يجعل حاكما بترافع القضية واعترض بأن الرفع ليس على وجه التحكيم بل على اعتقاد أنه ماضي الحكم

قلت لكن قدم شارحها عن قاضي خان أن الحر والعبد والبالغ والصبي في الحبس سواء فيتأمل نفيه هنا قاله الشرنبلالي قال وليس للقاضي البيع مع وجود أب او وصي وهي فائدة حسنة قلت وفي القنية ومتى باعا فللقاضي نقضه لو أصلح كما نظمه الشارح فضممته للمتن مغيرا لبعضه فقلت

ويتقض بيع من أب او وصيه
ولو مصلحا والاصلح النقض يسطر
ويحبس في دين على الطفل والد
وصي وللتأديب بعض يصور
وفي الدين لم يحبس أب ومكاتب
وعبد لمولاه كعكس ومعسر

ثم لو العبد مديونا يحبس المولى بدينه لانه للغرماء وكذا يحبس بدين مكاتبه الا فيما كان من جنس الكتابة ففي عتاق الوهبانية

وفي غير جنس الحق يحبس سيدا
مكاتبه والعبد فيها مخير

وفي حجرها

٢ ويحبس ذو الكتب الصحاح المحرر
على الدين اذ بالكتب ماهو معسر

* (باب التحكيم) *

٣ (هو) لغة جعل الحكم فيما لك لغيرك وعرفا (تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما

٢ مطلب
جملة من لا يحبس عشرة

٣ قوله اذ هو بالكتب الخ هكذا بخطه والذي في نسخ الشارح اذ بالكتب الخ وهو الموافق للوزن اه مصححه

وركنه لفظه الدال عليه مع قبول الآخر) ذلك (وشرطه من جهة المحكم) بالكسر (العقل لا الحرية والاسلام) فصح تحكيم ذمي ذميا (و) شرطه (من جهة المحكم) بالفتح (صلاحيته للقضاء) كما مر (ويشترط الاهلية) المذكورة (وقته) اى التحكيم (ووقت الحكم جميعا فلو حكما عبدا فعتق أو صبيا فبلغ او ذميا فأسلم ثم حكم لا ينفذ كما) هو الحكم (في مقلد) بفتح اللام مشددة بخلاف الشهادة وقدمنا انه لو استقضى العبد ثم عتق فقضى صح وعزاه سعدى أفندى للمبتغى (حكما رجلا معلوما اذ لو حكما أول من يدخل المسجد لم يجز اجماعا للجهالة (فحكم بينهما ببينة او اقرار أو نكول) ورضيا بحكمه (صح لو في غير حد وقود ودية على عاقلة) الاصل أن حكم المحكم بمنزلة الصلح وهذه لا تجوز بالصلح فلا تجوز بالتحكيم (وينفرد أحدهما [2] بنقضه) اى التحكيم بعد وقوعه (كما) ينفرد أحد العاقدين

[2] مطلب حكم بينهما قبل تحكيمه ثم اجازاه جاز

وحضور المدعى عليه قد يكون بالاشخاص والجبر فلا يكون حكما ألا ترى أن البيع قد ينعقد ابتداء بالتعاطى لكن اذا تقدمه بيع باطل أو فاسد وترتب عليه التعاطى لا ينعقد البيع لكونه ترتب على سبب آخر فكذا هنا ولهذا قال السلف القاضى النافذ حكمه أعز من الكبريت الاحمر اه قال ط وبعض الشافعية يعبر عنه بأنه قاضى ضرورة اذ لا يوجد قاض فيما علمناه من البلاد الا وهو راش ومرتش اه وانظر ما قدمناه أول القضاء (قوله وركنه لفظه الخ) أى ركن التحكيم لفظه الدال عليه اى اللفظ الدال على التحكيم كاحكم بيننا أو جعلناك حكما أو حكمناك في كذا فليس المراد خصوص لفظ التحكيم (قوله مع قبول الآخر) أى المحكم بالفتح فلو لم يقبل لا يجوز حكمه الا بتجديد التحكيم بحر عن المحيط (قوله من جهة المحكم) اى جنسه الصادق بالفريقين ويشمل ما لو كان أحدهما قاضيا كما في القهستاني (قوله لا الحرية) فتحكيم المكاتب والعبد المأذون صحيح بحر (قوله فصح تحكيم ذمي ذميا) لانه اهل للشهادة بين اهل الذمة دون المسلمين ويكون تراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح لا بين المسلمين وكذلك التحكيم هندية عن النهاية ط وفي البحر عن المحيط فلو أسلم أحد الخصمين قبل الحكم لم ينفذ حكم الكافر على المسلم وينفذ للمسلم على الذمي وقيل لا يجوز للمسلم أيضا وتحكيم المرتد موقوف عنده فان حكم ثم قتل او لحق بطل وان أسلم نفذ وعندهما جائز بكل حال (قوله كما مر) اى في الباب السابق في قوله والمحكم كالقاضى وأفاد جواز تحكيم المرأة والفاسق لصلاحيتهما للقضاء والاولى أن لا يحكم فاسقا بحر (قوله وقته ووقت الحكم جميعا) وكذا فيما بينهما بخلاف القاضى كما سيأتى في المسائل المخالفة بحر (قوله فلو حكما عبدا الخ) ولو حكما حرا وعبدا فحكم الحر وحده لم يجز وكذا اذا حكما بحر عن المحيط (قوله في مقلد) بفتح اللام مبنى للمجهول اى فيمن قلده الامام القضاء (قوله بخلاف الشهادة) فان اشتراط الاهلية فيها عند الاداء فقط واشار بهذا الى فائدة قول المصنف صلاحيته للقضاء حيث لم يقل للشهادة (قوله وقدمنا) اى قبيل قوله واذا رفع اليه حكم قاض وأشار بهذا الى أن قوله كما في مقلد ليس متفقا عليه وقدمنا اول القضاء عند قوله واهله اهل الشهادة أن فيه روايتين وانه في الواقعات الحسامية قال الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة لان الكفر لا ينافى ابتداء القضاء في احدى الروايتين وان هذا يؤيد رواية صحة تولية الكافر والعبد وصحة حكمهما بعد الاسلام والعتق بلا تجديد تولية وبه جزم في البحر واقتصر عليه في الفتح خلافا لما مشى عليه المصنف هنا وان هذا بخلاف الصبى اذا بلغ فانه لا بد من تجديد توليته وقدمنا وجه الفرق هناك فافهم وهل تجرى هذه الرواية في المحكم لم أره والظاهر لا (قوله ورضيا بحكمه) اى الى أن حكم كذا في الفتح فأفاد انه احتراز عما لو رجعا عن تحكيمه قبل الحكم أو عما لو رضى أحدهما فقط لكن كان الاولى ذكره قبل قوله فحكم لئلا يوهم اشتراط الرضى بعد الحكم مع انه اذا حكم لزمهما حكمه كما في الكنز وغيره ويأتى متنا ويذكره هنالك بأو ليدخل ما لو حكم بينهما قبل تحكيمه ثم قالا رضينا بحكمه وأجزناه فانه جائز كما نقله ط عن الهندية (قوله صح لو في غير حد وقود الخ) شمل سائر المجتهدات من حقوق العباد كما ذكره بعد وما ذكره من منعه في القصاص تبعا للكنز وغيره هو قول الخصاف وهو الصحيح كما في الفتح وما في المحيط من جوازه فيه لانه من حقوق العباد ضعيف رواية ودراية لان فيه حق الله تعالى أيضا وان كان الغالب حق العبد وكذا ما اختاره السرخسى من جوازه في حق القذف ضعيف بالاولى لان الغالب فيه حق الله تعالى على الاصح بحر (قوله ودية على عاقلة) خرج ما لو كانت على القاتل بأن ثبت القتل باقراره أو ثبتت جراحة ببينة وارشها أقل مما تحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة أو عمدا أو كانت قدر ما تحمله ولكن كانت الجراحة عمدا لا توجب القصاص فينفذ حكمه وتمامه في البحر (قوله بمنزلة الصلح) لانهما توافقا على الرضى بما يحكم به عليهما (قوله وهذه لا تجوز بالصلح) اعترض بأنه سيأتى في الصلح جوازه في كل حق يجوز الاعتياض عنه ومنه القصاص لا فيما لا يجوز ومنه الحدود أقول منشأ الاعتراض عدم فهم المراد فان المراد أن هذه الثلاثة لا تثبت بالصلح اى بأن اصطلحا على لزوم الحد أو لزوم القصاص الخ وما سيأتى في الصلح معناه أنه يجوز الصلح عن القصاص بمال لانه يجوز الاعتياض عنه بخلاف الحد فالقصاص هنا مصالح عنه وفي الاول مصالح عليه والفرق ظاهر كما لا يخفى (قوله بعد وقوعه) الاولى أن يبدله بقوله قبل الحكم (قوله كما ينفرد أحد العاقدين الخ) أى بنقض العقد وفسخه اذا علم الآخر ولو بكتابة أو رسول على

تفصيل مرّ فى الشركة ويأتى فى الوكالة والمضاربة ان شاء الله تعالى (قوله بلا التماس طالب) يعنى أن الموكل ينفرد بعزل الوكيل مالم يتعلق بالتوكيل حق المدّعى كالو أراد خصمه السفر فطلب منه أن يوكل وكيلا بالخصومة فليس له عزله كما سيأتى فى بابه (قوله وغريماله) منصوب على أنه مفعول معه (قوله لان حكمه كالصلح) والصلح من صنيع التجار فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح ومافى معناه بحر (قوله بحكمه) متعلق برضى (قوله ثم استثناء الثلاثة) اى الحد والقود والدية على العاقلة وكان الاولى ذكر هذا عقبها (قوله فى كل المجتهدات) اى المسائل التى يسوغ فيها الاجتهاد من حقوق العباد كالطلاق والعتاق والكتابة والكفالة والشفعة والنفقة والديون والبيوع بخلاف ماخالف كتابا أوسنة اواجماعا (قوله كحكمه بكون الكنايات رواجع الخ) قال الصدر الشهيد فى شرح أدب القضاء هو الظاهر عند أصحابنا وهو الصحيح لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى وقالوا يحتاج الى حكم الحاكم كما فى الحدود والقصاص كيلا يتجاسر العوام فيه اهـ قال فى الفتح وفى الفتاوى الصغرى حكم المحكم فى الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتى به وفيها روى عن اصحابنا ماهو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فأفتاه ببطلان اليمين وسعه اتباع فتواه وامساك المرأة المحلوف بطلاقها وروى عنهم ماهو أوسع وهو ان تزوج اخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فأفتاه بصحة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عملا بفتواهما اهـ (قوله وغير ذلك) كما اذا مس صهرته بشهوة وانتشر لها فحكم الزوجان حكما ليحكم لهما بالحل على مذهب الشافعى فالاصح هو النفاذ ان كان المحكم يراه والافالصحيح عدمه أفاده فى البحر عن القنية (قوله وظاهر الهداية الخ) حيث قال قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم فى سائر المجتهدات وهو الصحيح الا أنه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام اهـ اى تجاسرهم على هدم المذهب فتح ومثل عبارة الهداية عبارة شرح أدب القضاء المارة آنفا وتقدم فيها أن الصحيح صحة التحكيم وأنه الظاهر عن اصحابنا وكان ماهنا ترجيح للقول الآخر المقابل للصحيح والمتبادر من عبارة الهداية انه لا يفتى بجوازه فى سائر المجتهدات لكن ذكر فى البحر عن الولوالجية والقنية ماهو كالصريح فى أن ذلك فى اليمين المضافة ونحوها ونحوه ماقدمناه آنفا عن الفتح عن الفتاوى الصغرى ويأتى التصريح به فى المخالفات ولكن يتأمل فى وجه المنع من عدم الافتاء به والتعليل بأن لا يتجاسر العوام على هدم المذهب لا يظهر فى خصوص اليمين المضافة ونحوها ثم رأيت المقدسى توقف فى ذلك أيضا وأجاب بما حاصله انهم منعوا من تولية القضاء لغير الاهل لئلا يحكم بغير الحق وكذلك منعوا من التحكيم هنا لئلا يتجاسر العوام على الحكم بغير علم قلت هذا يفيد منع التحكيم مطلقا الا لعالم والاحسن فى الجواب أن يقال ان الحالف فى اليمين المضافة اذا كان يعتقد صحتها يلزمه العمل بما يعتقده فاذا حكم بعدم صحتها حاكم مولى من السلطان لزمه اتباع رأى الحاكم وارتفع بحكمه الخلاف أما اذا حكم رجلا فلا يفيده شيأ سوى هدم مذهبه لان حكم المحكم بمنزلة الصلح لا يرفع خلافا ولا يبطل العمل بما كان الحالف يعتقده فلذا قالوا لا يفتى به ولا بد من حكم المولى هذا ماظهر لى والله سبحانه اعلم (تنبيه) سيأتى فى المخالفات أنه لا يصح حكمه بما فيه ضرر على الصغير بخلاف القاضى (قوله وصح اخباره الخ) اى اذا قال لاحدهما أقررت عندى أو قامت عندى بينة عليك لهذا فعدلوا عندى وقد ألزمتك بذلك وحكمت لهذا فانكر المقضى عليه لا يلتفت الى انكاره ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا لان المحكم مادام تحكيمهما قائما كالقاضى المقلد الا أن يخرجه المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك أو قاله بعد المجلس لانه بالقيام منه ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضى اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق فتح (قوله لا يصح اخباره بحكمه) اى بعد ماقام (قوله كحكم القاضى) فانه لا يصح لمن لا تقبل شهادته له (قوله فلا بدّ من اجتماعهما) فلو حكم أحدهما أواختلفا لم يجز كما فى البحر عن الولوالجية وفيه عن الخصاف لو قال لامرأته أنت على حرام ونوى الطلاق دون الثلاث فحكما رجلين فحكم أحدهما بأنها بائن وحكم الآخر بأنها بائن بالثلاث لم يجز لانهما لم يجتمعا على أمر واحد اهـ (قوله ويمضى حكمه) اى اذا رفع حكمه الى القاضى ان وافق مذهبه امضاه والا ابطله وفائدة امضائه ههنا انه لو رفع الى قاض آخر يخالف مذهبه ليس لذلك القاضى ولاية النقض فيما امضاه هذا القاضى جوهرة وفى البحر ولو رفع حكمه الى حكم آخر حكماه بعد فالثانى

(فى مضاربة وشركة ووكالة) بلا التماس طالب (فان حكم لزمهما) ولا يبطل حكمه بعزلهما لصدوره عن ولاية شرعية و(لا) يتعدى حكمه الى (غيرهما) الا فى مسألة مالو حكم أحد الشريكين وغريماله رجلا فحكم بينهما وألزم الشريك تعدّى للشريك الغائب لان حكمه كالصلح بحر (فلو حكماه فى عيب مبيع فقضى برده ليس للبائع رده على بائعه الا برضى البائع الاول والثانى والمشترى) بتحكيمه فتح ثم استثناء الثلاثة يفيد صحة التحكيم فى كل المجتهدات كحكمه بكون الكنايات رواجع وفسخ اليمين المضافة الى الملك وغير ذلك لكن هذا مما يعلم ويكتم وظاهر الهداية انه يجيب بلا يحل فتأمل (وصح اخباره باقرار أحد الخصمين وبعدالة الشاهد حال ولايته) اى بقاء تحكيمهما (لا) يصح (اخباره بحكمه) لانقضاء ولايته (ولا يصح حكمه لابويه وولده وزوجته) كحكم القاضى (بخلاف حكمه عليهم) اى القاضى والمحكم (عليهم) حيث يصح كالشهادة (حكما رجلين فلا بد من اجتماعهما) على المحكوم به (ويمضى) القاضى (حكمه ان وافق مذهبه

كالقاضي بمضيه ان وافق رأيه والا ابطله (قوله لان حكمه لا يرفع خلافا) لقصور ولايته عليهما بخلاف القاضي العام (قوله للمحكم) بدل من له (قوله تفويض التحكيم الى غيره) فلو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فأجازه القاضي لم يجز الا أن يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الاول اذا أجاز فعل الوكيل الثاني فتح (قوله وحكمه بالوقف) اى بلزومه لا يرفع خلافا اى خلاف الامام القائل بعدم لزومه بل يبقى عنده غير لازم يصح رجوعه عنه (قوله بشرطه) اى من كونه مفرزا عقارا ونحو ذلك مما مر فى بابه (قوله ولا يمضيه) عبارة البحر لا أنه يمضيه (قوله عدّ منها فى البحر سبعة عشر) أشار الى انها تزيد على ذلك وهو كذلك وتقدم كثير منها فى الشرح والمتن منها انه لو استقضى العبد ثم عتق فقضى صح على أحد القولين بخلاف المحكم كما مر وأنه لا بد من تراضيهما عليه وأن التحكيم لا يصح فى حد وقود ودية على العاقلة وأن لكل منهما عزله قبل الحكم وأنه لا يتعدى حكمه فى الرد بالعيب الى بائع البائع وانه لا يفتى بحكمه فى فسخ اليمين المضافة ونحوها وانه لا يصح اخباره بحكمه بخلاف القاضي على ما سيأتى فى آخر المتفرقات وأنه لو خالف حكمه رأى القاضي ابطله وأنه ليس له التفويض الى غيره وأن الوقف لا يلزم بحكمه فهذه عشرة مسائل مذكورة فى البحر وبقى أنه لا يجوز تعليقه ولا اضافته عند أبى يوسف وأنه لا يتعدى حكمه الى الغائب لو كان ما يدعى عليه سببا لما يدعى على الحاضر وأنه لا يجوز كتابه الى القاضي كعكسه وأنه لا يحكم بكتاب قاض الا اذا رضى الخصمان وانه لا يتعدى حكمه من وارث الى الباقى والميت وانه لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع الى موكله وأنه لا يصح حكمه على وصى صغير بما فيه ضرر على الصغير وأنه لا يتقيد ببلد التحكيم بل له الحكم فى البلاد كلها وانه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما انه وكل زيدا بالخصومة الى قاضى الكوفة والآخر الى قاضى البصرة تقبل لا لو شهد أحدهما بذلك الى الفقيه فلان والآخر الى الفقيه فلان آخر لان الحكم متوسط وقد يكون أحد المحكمين أحذق من الآخر فلا يرضى الموكل بالآخر بخلاف ما لو كان المطلوب نفس القضاء فانه لا يختلف كما فى شرح أدب القضاء فهذه تسع مذكورة فى البحر أيضا وذكر فيه اربع مسائل أخر ذكرها الشارح بعد فهذه ثلاث وعشرون مسألة وزاد فى البحر اخرى حيث قال ثم اعلم انهم قالوا ان القضاء يتعدى الى الكافة فى اربع الحرية والنسب والنكاح والولاء ولم يصرحوا بحكمها من المحكم ويجب أن لا يتعدى فتسمع دعوى الملك فى المحكوم بعتقه من المحكم بخلاف القاضي اهـ قلت ويزاد أيضا أنه ينعزل بقيامه من المجلس كما قدمناه عن الفتح فهى اربعة وعشرون (قوله بخلاف القاضي) فان الفتوى على انه لا ينعزل بالردة كما قدمناه فاذا أسلم لا يحتاج الى تولية جديدة (قوله فلغيره قبولها) بخلاف ما لو رد قاض شهادة للتهمة لا يقبلها قاض آخر لان القضاء بالرد نفذ على الكافة بحر عن المحيط (قوله وينبغى أن لا يلى الحبس ولم أره) كذا فى بعض نسخ البحر وفى بعضها قبل قوله ولم أره ما نصه وفى صدر الشريعة من باب التحكيم قال وفائدة الزام الخصم أن المتبايعين ان حكما حكما فالحكم يجبر المشترى على تسليم الثمن والبائع على تسليم المبيع ومن امتنع يحبسه اهـ فهذا صريح فى أن الحكم يحبس اهـ (قوله وكذا الخ) هذا من البحر أيضا حيث قال وكذا لم أر حكم قبول الهدية واجابة الدعوة وينبغى أن يجوز له لانتهاء التحكيم بالفراغ الا أن يهدى اليه وقته من أحدهما فينبغى أن لا يجوز اهـ وذكر الرحتى أن الذى ينبغى الجواز لان من ارتاب فيه له عزله قبل الحكم بخلاف القاضي اهـ وفيه نظر والله سبحانه أعلم

* (باب كتاب القاضي الى القاضي وغيره) *

هذا أيضا من أحكام القضاء غير انه لا يتحقق فى الوجود الا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة لما قبله فتح وهذا اولى من قول الزيلعى انه ليس من كتاب القضاء لانه اما نقل شهادة أو نقل حكم نعم هو من عمل القضاة فكان ذكره فيه انسب اهـ وحيث كان من عملهم فكيف ينفيه بحر وأجاب فى النهر بأن المنفى كونه قضاء والمثبت كونه من أحكامه (قوله وغيره) عطف على كتاب ط (قوله الى القاضي) اى البعيد بمسافة يأتى بيانها وأفاد أن قاضى مصر يكتب الى مثله والى قاضى الرستاق بخلاف العكس وفيه خلاف يأتى قال فى الفتح ولو كتب القاضي الى الامير الذى ولاه اصلح الله الامير ثم قص القصة وهو معه فى المصر فجاء به ثقة يعرفه

والا ابطله) لان حكمه لا يرفع خلافا (وليس له) للمحكم (تفويض التحكيم الى غيره وحكمه بالوقف لا يرفع خلافا) على الصحيح خانية (فلو رفع الى موافق) لمذهبه (حكم) ابتداء (بلزومه) بشرطه (ولا يمضيه) لانه لم يقع معتبرا والحاصل انه كالقاضي الا فى مسائل عدّ منها فى البحر سبعة عشر منها لو ارتد انعزل فاذا اسلم احتاج لتحكيم جديد بخلاف القاضي ومنها لو رد الشهادة لتهمة فلغيره قبولها وينبغى أن لا يلى الحبس ولم أره وكذا لم أر حكم قبوله الهدية وينبغى أن لا يجوز ان اهدى اليه وقت التحكيم

* (باب كتاب القاضي الى القاضي) وغيره) * أراد بغيره قوله والمرأة تقضى الخ (القاضي يكتب الى القاضي قيل)

الامير ففى القياس لا يقبل لان ايجاب العمل بالبينة ولانه لم يذكر اسمه واسم أبيه وفى الاستحسان يقبل لانه متعارف ولا يليق بالقاضى أن يأتى فى كل حادثة الى الامير ليخبره ولو أرسل رسولا ثقة كان كالمرسل فى جواز العمل به فكذا اذا ارسل كتابه ولم يجر الرسم فى مثله من مصر الى مصر فشرطنا هناك كتاب القاضى الى القاضى اهـ اى شرطنا ذلك فيما اذا كان الامير فى مصر آخر وقد أسقط فى البحر والنهر من عبارة الفتح قوله ولم يجر الرسم فى مثله من مصر الى مصر فاختل نظام الكلام فافهم (قوله كل حق) من نكاح وطلاق وقتل موجبه مال وأعيان ولو منقولة وهو المروى عن محمد وعليه المتأخرون وبه يفتى للضرورة وفى ظاهر الرواية لا يجوز فى المنقول للحاجة الى الاشارة اليه عند الدعوى والشهادة وعن الثانى تجويزه فى العبد لغلبة الاباق فيه لا فى الامة وعنه تجويزه فى الكل قال الاسبيجابى وعليه الفتوى بحر (قوله استحسانا) والقياس أن لا يجوز لان كتابته لا تكون اقوى من عبارته وهو لو اخبر القاضى فى محله لم يعمل باخباره فكتابه اولى وانما جوزناه لاثر على رضى الله تعالى عنه وللحاجة بحر (قوله فان شهدوا على خصم حاضر الخ) قال فى النهاية المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب او المسخر الذى جعله اى القاضى وكيلا لاثبات الحق ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتيج الى قاض آخر لان حكم القاضى قد تم على الاول أقول لا يخفى ما فيه من التكلف والاحسن أن يقال ان قوله فان شهدوا على خصم ليس بمقصود بالذات فى هذا الباب بل توطئة لقوله وان شهدوا بغير خصم لم يحكم فيه ونظائره كثيرة كذا فى الدرر قلت وحاصله أنه ليس المراد فى هذه المسألة من كتاب القاضى حكمه الى قاض آخر حتى يراد بالخصم فيها الوكيل او المسخر بل المراد أن الشهادة عند القاضى تارة تكون على خصم حاضر فيحكم بها عليه ويكتب بحكمه كتابا ليحفظ الواقعة لا ليبعثه الى قاض آخر لان الحكم قد تم وتارة تكون على خصم غائب وهى الآتية فهذه ذكرت توطئة لتلك والى هذا أشار الشارح بقوله ليحفظ اى ليحفظ الواقعة وذكر فى النهر عن الزيلعى انه اذا قدر أن الخصم غاب بعد الحكم عليه وجحد الحكم فحينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه او لينفذ حكمه اهـ وحاصله أنه قد يحتاج فى المسألة الاولى الى أن يبعث بكتاب حكمه على الخصم الحاضر الى قاض آخر فيكون ذكرها مقصودا فى هذا الباب وأفاد القهستانى أن الكتاب يكون الى القاضى ولو كان الخصم حاضرا وذلك لامضاء قاض آخر كما اذا ادعى على آخر ألفا وبرهن وحكم به ثم اصطلحا أن يأخذه منه فى بلد آخر ويخاف أن ينكر فكتب به لامضاء قاضى البلد (قوله هو السجل) بكسر السين والجيم وتشديد اللام والضمتان مع التشديد والفتح مع سكون الجيم والكسر لغات قهستانى عن الكشاف (قوله التى فيها حكم القاضى) بيان للنسبة فى قوله الحكمى وشمل ما اذا كان الى قاض آخر أولا (قوله وكتب الشهادة) اى بعد ما سمعها وعدلت نهر (قوله وان كان مخالفا لرأى الكاتب الخ) اى بخلاف السجل فانه ليس له أن يخالفه وينقض حكمه لان السجل محكوم به دون الكتاب ولهذا له أن لا يقبل الكتاب دون السجل كما فى البحر عن منية المفتى وقوله فى النهر ولم اجده فيها مبنى على ما فى نسخته والا فقد وجدته فى نسختى وفى الفتح والكتاب الحكمى لا يلزم العمل اذا كان يخالفه لانه لم يقع حكم فى محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (قوله ويسمى الكتاب الحكمى) هذا فى عرفهم نسبوه الى الحكم باعتبار ما يؤول فتح (قوله وليس بسجل) لان السجل محكوم به بخلاف الكتاب الحكمى (قوله وقرأ الكتاب عليهم) اى على شهود الطريق ولو فسر الضمير هنا وتركه فى قوله وختم عندهم ليعود على معلوم لكان اولى ط (قوله أو أعلمهم بما فيه) اى باخباره لانه لا شهادة بلا علم المشهود به كما لو شهدوا بأن هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين فتح قال فى البحر ولا بد لهم من حفظ ما فيه ولهذا قيل ينبغى أن يكون معهم نسخة اخرى مفتوحة فيستعينوا منها على الحفظ فانه لا بد من التذكر من وقت الشهادة الى وقت الاداء عندهما (قوله وختم عندهم) اى على الكتاب بعد طيه ولا اعتبار للختم فى اسفله فلو انكسر خاتم القاضى أو كان الكتاب منشورا لم يقبل وان ختم فى اسفله كما فى الذخيرة وانما قال عندهم لانه لا بد أن يشهدوا عنده أن الختم بحضرتهم كما فى المغنى واشتراط الختم ليس بشرط الا اذا كان الكتاب فى يد المدعى وبه يفتى كما ذكره المصنف قهستانى (قوله وسلم الكتاب اليهم) اى فى مجلس يصح حكمه فيه فلو سلم فى غير ذلك المجلس لم يصح كما فى الكرمانى قهستانى قال فى النهاية وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب الى المدعى وهو قول أبى يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الائمة وعلى قول ابى

كل حق به يفتى استحسانا (غير حد وقود) للشبهة (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة وكتب بحكمه) ليحفظ (و) كتاب الحكم (هو السجل الحكمى) اى الحجة التى فيها حكم القاضى هذا فى عرفهم وفى عرفنا كتاب كبير تضبط فيه وقائع الناس (وان لم يكن الخصم حاضرا لم يحكم) لانه حكم على الغائب (وكتب الشهادة) الى قاض يكون الخصم فى ولايته (ليحكم) القاضى (المكتوب اليه بها على رأيه وان كان مخالفا لرأى الكاتب) لانه ابتداء حكم (وهو) نقل الشهادة حقيقة ويسمى (الكتاب الحكمى) وليس بسجل (وقرأ) الكتاب (عليهم) أو أعلمهم بما فيه (وختم عندهم) اى عند شهود الطريق (وسلم) الكتاب (اليهم)

حنيفة يسلم المكتوب الى الشهود كذا وجدت بخط شيخي اه ثم قال وأجمعوا في الصك أن الاشهاد لا يصح مالم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسألة فان الناس اعتادوا خلاف ذلك اه سعدية لكن ينافي دعوى الاجماع ماسيأتي عن أبي يوسف وقدم المصنف في باب الاستحقاق لا يحكم بسجل الاستحقاق بشهادة انه كتاب كذا بل لابد من الشهادة على مضمونه وكذا ماسوى نقل الشهادة والوكالة اه ومثله في الغرر فهذا صريح في أن كتاب نقل الشهادة والوكالة لا يحتاج للشهادة على مضمونه ومقتضاه انه لاحاجة لقراءته على الشهود أيضا والظاهر أنه مبني على قول أبي يوسف الآتي تأمل (قوله وشهرتهما) أفاد أن الاسم وحده لا يكفي بلا شهرة بكنية ونحوها قال في الفتح ولو كان العنوان من فلان الى فلان أو من أبي فلان الى أبي فلان لا يقبل لان مجرد الاسم او الكنية لا يتعرف به الا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة الى أبيه فقط كعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقيل هذا رواية وفي سائر الروايات لا تقبل الكنية المشهورة لان الناس يشتركون فيها ويشتهر بها بعضهم فلا يعلم أن المكتوب اليه هو المشهور بها او غيره بخلاف مالو كتب الى قاضي بلدة كذا فانه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة الى محل ولايته اه ملخصا قال في البحر ويكتب فيه اسم المدعي والمدعى عليه وجدهما ويذكر الحق والشهود ان شاء وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتبه لا يقبل اه اي ليعلم انه كان قاضيا حال الكتابة كما في الفتح (قوله واكتفى الثاني الخ) الذي في العزمية عن الكفاية هو عبارة النهاية التي ذكرناها آنفا وعبارة الملتقى هكذا وأبو يوسف لم يشترط شيأ من ذلك سوى شهادتهم انه كتابه لما ابتلي بالقضاء واختار السرخسي قوله وليس الخبر كالعيان اه أي ان أبا يوسف باشر القضاء مدة مديدة فاختار ذلك لما عاين المشقة في الشروط المارة فلذا اختار السرخسي قوله وظاهره أن الختم ليس بشرط عنده وظاهر الفتح انه رواية عنه قال ولا شك عندي في صحته فان الفرض عدالة حملة الكتاب فلا يضر عدم ختمه مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي اشتراط الختم لاحتمال التغيير الا أن يشهدوا بما فيه حفظا (قوله أي لا يقرأه) أشار الى ما في البحر عن الفتح من أن المراد من عدم قبوله بلا خصم عدم قراءته لا مجرد قبوله لانه لا يتعلق به حكم اه (قوله الا بحضور الخصم وشهوده) أي شهود أنه كتاب فلان القاضي وانه ختمه نهر وزاد بعد هذا في الكنز فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه قال في البحر يعني اذا ثبتت عدالتهم بأن كان يعرفهم بها أو وجد في الكتاب عدالتهم أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم ثم ذكر قول أبي يوسف المار (قوله لشهادتهم على فعل المسلم) وهو انه كتب الكتاب وختمه وقرأه عليهم وسلمه اليهم (قوله الا اذا أقر الخصم) أي بأنه كتاب فلان القاضي (قوله بخلاف كتاب الامان) معناه اذا جاء الكتاب من ملكهم بطلب الامان بحر عن العناية (قوله لانه ليس بملزم) لان له أن لا يعطيهم الامان بخلاف كتاب القاضي فانه يجب على القاضي المكتوب اليه أن ينظر فيه ويعمل به ولابد للملزم من الحجة وهي البينة فتح (فرع) لو مرض شهود الكتاب في الطريق أو الرجوع الى بلادهم أو السفر الى بلدة أخرى فأشهدوا قوما على شهادتهم جاز وتمامه في الخانية (قوله لا يعمل بالخط) عبارة الاشباه لا يعتمد على الخط ولا يعمل بمكتوب الوقف الذي عليه خطوط القضاة الماضين الخ قال البيري المراد من قوله لا يعتمد أي لا يقضي القاضي بذلك عند المنازعة لان الخط مما يزور ويفتعل كما في مختصر الظهيرية وليس منه ما في دواوين القضاة الخ ما قدمناه أول القضاء عند قوله فاذا تقلد طلب ديوان قاض قبله فراجعه (قوله ويلحق به البراآت) عبارة الاشباه ويمكن الحاق البراآت السلطانية المتعلقة بالوظائف ان كانت العلة انه يعني كتاب الامان لا يزور وان كانت العلة الاحتياط في الامان لحقن الدم فلا أقول يجب المصير الى الاخير سائحاني أي لامكان التزوير بل قد وقع كما ذكره الحموي وحينئذ فلا يصح الالحاق ولكن قد علمت أن العلة في كتاب الامان انه غير ملزم وقدمنا اول القضاء استظهار كون علة العمل بما الرسوم في دواوين القضاة الماضين هي الضرورة وهنا كذلك فانه يتعذر اقامة البينة على ما يكتبه السلطان من البراآت لاصحاب الوظائف ونحوهم وكذا منشور القاضي والوالي وعامة الاوامر السلطانية مع جريان العرف والعادة بقبول ذلك بمجرد كتابته وامكان تزويرها على السلطان

بعد كتابة عنوانه في باطنه) وهو أن يكتب فيه اسمه واسم المكتوب اليه وشهرتهما (فلو كان) العنوان (على ظاهره لم يقبل) قبل هذا في عرفهم وفي عرفنا يكون على الظاهر فيعمل به واكتفى الثاني بأن يشهدهم انه كتابه وعليه الفتوى كما في العزمية عن الكفاية وفي الملتقى وليس الخبر كالعيان (فاذا وصل الى المكتوب اليه نظر الى ختمه) أولا (ولا يقبله) أي لا يقرأه (الا بحضور الخصم وشهوده ولابد من اسلام شهوده ولو كان لذمي على ذمي) لشهادتهم على فعل المسلم (الا اذا أقر الخصم فلا حاجة اليهم) أي الشهود (بخلاف كتاب الامان) في دار الحرب (حيث لا يحتاج الى بينة) لانه ليس بملزم وفي الاشباه لا يعمل بالخط الا في مسألة كتاب الامان ويلحق به البراآت

مطلب
لا يعمل بالخط

مطلب في العمل بما في الدفاتر السلطانية ودفتر بياع وصراف وسمسار

لايدفع ذلك لانه وان وقع فهو أمر نادر قلما يقع وهو أندر من امكان تزوير الشهود وهو أولى بالقبول من دفتر الصراف ونحوه فانهم عملوا به للعرف كما يأتى وذكر العلامة البعلى فى شرحه على الاشباه أن للشارح العلامة الشيخ علاء الدين رسالة حاصلها بعد نقله ما فى الاشباه وان ابن الشحنة وابن وهبان جزما بالعمل بدفتر الصراف ونحوه لعلة أمن التزوير كما جزم به البزازى والسرخسى وقاضى خان قال ان هذه العلة فى الدفاتر السلطانية أولى كما يعرفه من شاهد أحوال أهاليها حين نقلها اذ لا تحرر أولا الا باذن السلطان ثم بعد اتفاق الجم الغفير على نقل ما فيها من غير تساهل بزيادة أو نقصان تعرض على المعين لذلك فيضع خطه عليها ثم تعرض على المتولى لحفظها المسمى بدفتر أمينى فيكتب عليها ثم تعاد أصولها الى أمكنتها المحفوظة بالختم فالأمن من التزوير مقطوع به وبذلك كله يعلم جميع أهل الدولة والكتبة فلو وجد فى الدفاتر ان المكان الفلانى وقف على المدرسة الفلانية مثلا يعمل به من غير بينة وبذلك يفتى مشايخ الاسلام كما هو مصرح به فى بهجة عبد الله أفندى وغيرها فليحفظ اهـ قلت ويؤيده العمل بما فى دواوين القضاة الماضين وكأن مشايخ الاسلام المولين فى الدولة العثمانية أفتوا بما ذكر الحاقا للدفاتر السلطانية بدواوين القضاة المذكورة لاتحاد العلة فيهما والله سبحانه أعلم لكن قدمنا فى الوقف عن الخيرية انه لا يثبت الوقف بمجرد وجوده فى الدفتر السلطانى **(قوله ودفتر بياع وصراف وسمسار)** عطف على كتاب الامان فان هذا منصوص عليه لا ملحق به فقد قال فى الفتح من الشهادات ان خط السمسار والصراف حجة للعرف الجارى به اهـ قال البيرى هذا الذى فى غالب الكتب حتى المجتبى فقال فى الاقرار وأما خط البياع والصراف والسمسار فهو حجة وان لم يكن مصدرا معنونا يعرف ظاهرا بين الناس وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف اهـ وفى خزانة الاكمل صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد ثم مات فجاء غريم يطلب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه يحكم بذلك فى تركته ان ثبت انه خطه وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة اهـ قال العلامة العينى والبناء على العادة الظاهرة واجب فعلى هذا اذا قال البياع وجدت فى يادكارى بخطى أو كتبت فى يادكارى بيدى أن لفلان على ألف درهم كان هذا اقرارا ملزما اياه أقول ويزاد أن العمل فى الحقيقة انما هو لموجب العرف لا بمجرد الخط والله أعلم وبهذا اعرف أن قولهم فيما اذا ادعى رجل مالا وأخرج بالمال خطا وادعى انه خط المدعى عليه فأنكر كون الخط خطه فاستكتب فكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على انهما خط كاتب واحد اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا يقضى بذلك فانه لو قال هذا خطى وليس على هذا المال كان القول قوله يستثنى منه ما اذا كان الكاتب سمسارا أو صرافا أو نحو ذلك ممن يؤخذ بخطه كذا فى قاضى خان اهـ كلام البيرى قلت ويستثنى منه أيضا ما قدمناه أول الباب من كتابة القاضى الى الامير الذى ولاه وكذا ما سيذكره الشارح عن شرح الوهبانية والملتقط وهو ما اذا كان على وجه الرسالة مصدرا معنونا اهـ وهو أن يكتب فى صدره من فلان الى فلان على ما جرت به العادة فهذا كالنطق فلزم حجة كما فى الملتقى والزيلعى من مسائل شتى آخر الكتاب ومثله فى الهداية والخانية وهذا اذا اعترف أن الخط خطه فانه يلزمه ما فيه وان أنكر أن يكون فى ذمته ذلك المال بخلاف ما اذا لم يكن مصدرا معنونا كما هو صريح الخانية وهذا ذكروه فى الاخرس وذكر فى الكفاية آخر الكتاب عن الشافى أن الصحيح مثل الاخرس فاذا كان مستبينا مرسوما وثبت ذلك باقراره أو بينة فهو كالخطاب اهـ ومقتضى كلامهم اختصاص ذلك بكونه على وجه الرسالة الى الغائب وهو أيضا مفاد كلام الفتح فى الشهادات فراجعه لكن فى شهادات البحر عن البزازية ما يدل على انه لا فرق فى المعنون بين كونه لغائب أو لحاضر ومثله ما فى فتاوى قارئ الهداية اذا كتب على وجه الصكوك يلزمه المال وهو أن يكتب يقول فلان الفلانى ان فى ذمتى لفلان الفلانى كذا وكذا فهو اقرار يلزم وان لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اهـ قلت والعادة اليوم فى تصديرها بالعنوان انه يقال فيها سبب تحريره هو أنه ترتب فى ذمة فلان الفلانى الخ وكذا الوصول الذى يقال فيه وصل الينا من يد فلان الفلانى كذا ومثله ما يكتبه الرجل فى دفتره مثل قوله علم بيان الذى فى ذمتنا لفلان الفلانى فهذا كله مصدر معنون جرت العادة بتصديره بذلك وهو مفاد كلام قارئ الهداية المذكور فمقتضاه أن هذا كله اذا اعترف بأنه خطه يلزمه وان لم يكن مصدرا معنونا لا يلزمه اذا أنكر المال وان اعترف بكونه كتبه بخطه الا اذا كان بياعا

مطلب في دفتر البياع والصراف والسمسار

أو صرّافاً أو سمساراً لما في الخانية وصك الصراف والسمسار حجة عرفاً اهـ فشمل ما إذا لم يكن مصدّراً معنوناً وهو صريح ما مرّ عن المجتبى وما إذا لم يعترف بأنه خطه كما هو صريح ما مرّ عن الخزانة ثم إن قول المجتبى وكذا ما يكتب الناس فيما بينهم الخ يفيد عدم الاقتصار على الصرّاف والسمسار والبياع بل مثله كل ما جرت العادة به فيدخل فيه ما يكتبه الامراء والاكابر ونحوهم ممن يتعذر الاشهاد عليهم فإذا كتب وصولاً أو صكاً بدين عليه وختمه بخاتمه المعروف فإنه في العادة يكون حجة عليه بحيث لا يمكنه انكاره ولو أنكره يعدّ بين الناس مكابراً فإذا اعترف بكونه خطه وختمه وكان مصدّراً معنوناً فينبغي القول بأنه يلزمه وإن لم يعترف به أو وجد بعد موته فمقتضى ما في المجتبى أنه يلزمه أيضاً عملاً بالعرف كدفتر الصرّاف ونحوه ومثله ما إذا وجد في صندوقه مثلاً صرّة دراهم مكتوب عليها هذه أمانة فلان الفلاني فإن العادة تشهد بأنه لا يكتب بخطه ذلك على دراهمه * ثم اعلم أن هذا كله فيما يكتبه على نفسه كما قيده بعض المتأخرين وهو ظاهر بخلاف ما يكتبه لنفسه فإنه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤاخذ خصمه به فكيف إذا كتبه ولذا قيده في الخزانة بقوله كتب على نفسه كما مرّ وذكر في شرح الوهبانية أئمة بلخ قالوا بأن دفتر البياع حجة لازمة عليه فإن قال البياع وجدت بخطي أن عليّ لفلان كذا لزم قال السرخسي وكذا خط السمسار والصرّاف اهـ فقوله أن عليّ لفلان الخ صريح في ذلك وأما قول ابن وهبان في تعليل المسألة لأنه لا يكتب الا ماله وعليه فمراده أن البياع ونحوه لا يكتب في دفتره شيأ على سبيل التجربة للخط أو اللهو واللعب بل لا يكتب الا ماله أو عليه ولا يلزم من هذا أن يعمل بكتابته في الذي له كما لا يخفى خلافاً لمن فهم منه ذلك ويجب تقييده أيضاً بما إذا كان دفتره محفوظاً عنده فلو كانت كتابته فيما عليه في دفتر خصمه فالظاهر أنه لا يعمل به خلافاً لما بحثه ط لأن الخط مما يزوّر وكذا لو كان له كاتب والدفتر عند الكاتب لاحتمال كون الكاتب كتب ذلك عليه بلا علمه فلا يكون حجة عليه إذا أنكره أو ظهر ذلك بعد موته وأنكرته الورثة خلافاً لمن حكم في عصرنا بذلك لذمي ادعى على ورثة تاجر له كاتب ذمي ودفتر التاجر عند كاتبه الذمي فقد كنت أفتيت بأنه حكم باطل وكون المدعي والكاتب ذميين يقوّي شبهة التزوير وإن الكتابة حصلت بعد موت التاجر وتمام الكلام في كتابنا تنقيح الحامدية (قوله إن تيقن به) أي بأنه خط من روى عنه في الأول وبأنه خط نفسه في الاخيرين اهـ ح (قوله قيل وبه يفتى) قال في خزانة الاكمل أجاز أبو يوسف ومحمد العمل بالخط في الشاهد والقاضي والراوي إذا رأى خطه ولم يتذكر الحادثة قال في العيون والفتوى على قولهما إذا تيقن أنه خطه سواء كان في القضاء أو الرواية أو الشهادة على الصك وإن لم يكن الصك في يد الشاهد لأن الغلط نادر وأثر التغيير يمكن الاطلاع عليه وقلما يشتبه الخط من كل وجه فإذا تيقن جاز الاعتماد عليه توسعة على الناس اهـ حموي لكن سيذكر الشارح في الشهادات قبيل باب القبول ما نصه وجوّزاه لو في حوزه وبه نأخذ بحر عن المبتغى اهـ وهذا ما اختاره المحقق ابن الهمام هناك وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى (قوله ولا بدّ من مسافة الخ) فلو أقل لا يقبل وفي نوادر هشام إذا كان في مصر واحد قاضيان جاز كتابة أحدهما إلى الآخر في الاحكام جوهرة عن الينابيع وكذا كتابة القاضي إلى الامير الذي ولاه وهو معه في المصر كما مرّ أول الباب (قوله على الظاهر الخ) قال في المنح هذا هو ظاهر الرواية وجوّزها محمد وإن كانا في مصر واحد وعن أبي يوسف إن كان في مكان لو غدا للاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الاشهاد والكتابة وفي السراجية وعليه الفتوى اهـ (قوله ويبطل الكتاب الخ) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه نهر أي لأنه بمنزلة الشهادة فبموت الأصل قبل أداء الفروع الشهادة تبطل شهادة الفروع فكذا هذا ط عن العيني (قوله قبل وصول الكتاب الخ) لو اقتصر على قوله قبل القراءة لاغناه ولذا قال في الفتح العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لأن وصوله قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لا يوجب شيأ اهـ (قوله فلا يبطل) أي في ظاهر الرواية بحر (قوله ويبطل بجنون الكاتب الخ) في الخانية وإن عزل القاضي الكاتب أو مات بعدما وصل الكتاب إلى الآخر فإنه يعمل به لأن الموت والعزل ليس بجرح بخلاف ما إذا فسق الكاتب أو عمي أو صار بحال لا يجوز حكمه وشهادته فإن الآخر لا يقبل كتابه لأن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة فما يمنع القضاء بشهادته يمنع القضاء بكتابه اهـ وظاهره أنه يبطل بذلك ولو بعد وصوله مع أن الزيلعي صرّح بأن ذلك كعزله ثم رأيت في البحر ذكر أن بين كلاميهما مخالفة

وجوّزه محمد لراوٍ وقاضٍ وشاهد إن تيقن به قيل وبه يفتى (ولا بدّ من مسافة ثلاثة أيام بين القاضيين كالشهادة على الشهادة) على الظاهر وجوّزهما الثاني إن بحيث لا يعود في يومه وعليه الفتوى شرنبلالية وسراجية (ويبطل الكتاب) (بموت الكاتب وعزله قبل وصول الكتاب إلى الثاني أو بعد وصوله قبل القراءة) وأجازه الثاني (وأما بعدهما فلا) يبطل (و) يبطل (بجنون الكاتب وردّته وحدّه لقذف

ولم

ولم يجب عنها تأمل ورأيت فى البزازية مثل ما فى الخانية وفى الدرر مثل ما هنا فالظاهر أنّ فى المسألة قولين (قوله وعمائه) الانسب وعماه بدون همز لانّ العمى مقصور (قوله وفسقه) عبر عنه فى النهر بقيل وقال انه بناء على عزله بالفسق ومثله فى الفتح (قوله وكذا بموت المكتوب اليه) لانّ الكاتب لما خصه فقد اعتمد عدالته وأمانته والقضاة متفاوتون فى ذلك فصح التعيين نهر (قوله الا اذا عمم الخ) بأن قال الى فلان قاضى بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله فتح (قوله بخلاف مالو عمم ابتداء) بأن قال الى كل من يصل اليه كتابى هذا من قضاة المسلمين وحكامهم (قوله وجوّزه الثانى) وكذا الشافعىّ وأحمد فتح (قوله وعليه العمل) قال الزيلعىّ واستحسنه كثير من المشايخ وفى الفتح وهو الاوجه لانّ اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فبالعموم يعلم كما يعلم بالخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء نهر (قوله اياكان) أى مدّعيا أو مدّعى عليه (قوله فى بابه) أى فى باب الشهادة على الشهادة ح (قوله خلافا لما وقع فى الخانية هنا) أى فى هذا الباب حيث قال لومات القاضى الكاتب أو عزل قبل وصول الكتاب بطل كتابه كشاهد الاصل اذا مات قبل أن يشهد الفرع على شهادة الاصل اه (قوله ثمة) أى هنالك أى فى باب الشهادة على الشهادة حيث قال الشهادة على الشهادة لا تجوز الا أن يكون المشهود على شهادته مريضا فى المصر أو يكون ميتا الخ وهذا هو الموافق للمتون (قوله فمن جوّزه جوّزها) وشرط جوازه عند الامام أن يعلم فى حال قضائه فى المصر الذى هو قاضيه بحق غير حدّ خالص لله تعالى من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق أو قتل عمد أو حدّ قذف فلو علم قبل القضاء فى حقوق العباد ثم ولى فرفعت اليه تلك الحادثة أو علمها فى حال قضائه فى غير مصره ثم دخله فرفعت لا يقضى عنده وقالا يقضى وكذا الخلاف لو علم بها وهو قاض فى مصره ثم عزل ثم أعيد وأمّا فى حدّ الشرب والزنى فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا فتح ملخصا وبه علم انه فى الحدود الخالصة لله تعالى لا ينفذ كما صرّح به فى شرح أدب القضاء معللا بأنّ كل واحد من المسلمين يساوى القاضى فيه وغير القاضى اذا علم لا يمكنه اقامة الحدّ فكذا هو ثم قال الا فى السكران أو من به أمارة السكر ينبغى له أن يعزره للتهمة ولا يكون حدّا اه (قوله ومن لا فلا) قال فى الفتح الا أنّ التفاوت هنا وأنّ القاضى يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع (قوله الا أنّ المعتمد) أى عند المتأخرين لفساد قضاة الزمان وعبارة الاشباه الفتوى اليوم على عدم العمل بعلم القاضى فى زماننا كما فى جامع الفصولين (قوله وفيها) أى فى الاشباه نقلا عن السراجية لكن فى منية المفتى الملخصة من السراجية التعبير بالقاضى لا بالامام حيث قال القاضى يقضى بعلمه بحدّ القذف والقصاص والتعزير ثم قال قضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى لا يجوز اه أفاده بعض المحشين وهذا موافق لما مرّ عن الفتح من الفرق بين الحدّ الخالص لله تعالى وبين غيره ففى الاوّل لا يقضى اتفاقا بخلاف غيره فيجوز القضاء فيه بعلمه وهذا على قول المتقدمين وهو خلاف المفتى به كما علمت (تنبيه) ذكر فى النهر فى الكفالة بحثا انه يجب أن يحمل الخلاف بين المتقدمين والمتأخرين على ما كان من حقوق العباد أمّا حقوق الله المحضة فيقضى فيها بعلمه اتفاقا ثم استدل لذلك بأنّ له التعزير بعلمه قلت ولا يخفى انه خطأ صريح مخالف لصريح كلامهم كما علمت وأما التعزير فليس بحدّ كما سمعناه من عبارة شرح أدب القضاء وأيضا فهو ليس بقضاء (قوله فهل الامام قيد) أقول على فرض ثبوته فى عبارة السراجية ليس بقيد لما علمت من عبارة الفتح المصرّحة بجواز قضاء القاضى بعلمه فى قتل عمد أو حدّ قذف لكونه من حقوق العباد (قوله لكن الخ) استدراك على ما نقله ثانيا عن الاشباه بأنه مبنىّ على خلاف المختار أو على قوله فهل الامام قيد فانّ قول الشرنبلالىّ لا يقضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى يعنى اتفاقا يفهم منه انه يقضى بعلمه فى غيرها كحدّ قذف وقود وتعزير على قول المتقدمين وهو خلاف المختار فيكون ذكر الامام غير قيد فافهم (قوله مطلقا) أى سواء كان علمه بعد توليته أو قبلها ح أو سواء كان حدّا غير خالص لله تعالى أو قودا أو غيرهما من حقوق العباد (قوله وخمر مطلقا) أى سواء سكر منه أو لا (قوله للتهمة) أى اذا علم القاضى بأنه سكران له تعزيره لانّ القاضى له تعزير المتهم وان لم يثبت عليه كما مرّ تحريره فى الكفالة (قوله يثبت الحيلولة) أى بأن يأمر بأن يحال بين المطلق وزوجته والمعتق وأمته أو عبده والغاصب وما غصبه بأن يجعله تحت يد أمين الى أن يثبت ما علمه القاضى بوجه شرعىّ (قوله على وجه الحسبة) أى الاحتساب وطلب الثواب لئلا يطأها الزوج

وعمائه وفسقه بعد عدالته) لخروجه عن الاهلية وأجازه الثانى (و) كذا (بموت المكتوب اليه) وخروجه عن الاهلية (الا اذا عمم بعد تخصيص) اسم المكتوب اليه (بخلاف مالو عمم ابتداء) وجوّزه الثانى وعليه العمل خلاصة (لا) يبطل (بموت الخصم) أياكان لقيام وارثه أو وصيه مقامه قلت ٣ وكذا لا يبطل بموت شاهد الاصل كما سيأتى متنا فى بابه خلافا لما وقع فى الخانية هنا فهو مخالف لما ذكره بنفسه ثمة فتنبه (و) اعلم أنّ (الكتابة بعلمه كالقضاء بعلمه) فى الاصح بحر فمن جوّزه جوّزها ومن لا فلا الا أنّ المعتمد عدم حكمه بعلمه فى زماننا أشباه وفيها الامام يقضى بعلمه فى حدّ قذف وقود وتعزير قلت فهل الامام قيد كما قدّمناه فى الحدود لم أره لكن فى شرح الوهبانية للشرنبلالىّ والمختار الآن عدم حكمه بعلمه مطلقا كما لا يقضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى كزنى وخمر مطلقا غير أنه يعزر من به أثر السكر للتهمة وعن الامام ان علم القاضى فى طلاق وعتاق وغصب يثبت الحيلولة على وجه الحسبة

---

٣ مطلب فى قضاء القاضى بعلمه

القاضى (من محكم بل من قاض مولى من قبل الامام يملك) اقامة (الجمعة) وقيل يقبل من قاضى رستاق الى قاضى مصر أو رستاق واعتمده المصنف والكمال (كتب كتابا الى من يصل اليه من قضاة المسلمين فوصل الى قاض ولى بعد كتابة هذا المكتوب لا يقبل) لعدم ولايته وقت الخطاب جواهر الفتاوى وفيها لو جعل الخطاب للمكتوب اليه ليس لنائبه أن يقبله (والمرأة تقضى فى غير حد وقود وان اثم المولى لها) لخبر البخارى لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة (وتصلح ناظرة) لوقف (ووصية) ٢ ليتيم (وشاهدة) فتح فصح تقريرها فى النظر والشهادة فى الاوقاف ولو بلا شرط واقف بحر قال وقد أفتيت فيمن شرط الشهادة فى وقفه لفلان ثم لولده فمات وترك ٣ بنتا انها تستحق وظيفة الشهادة وفى الاشباه من أحكام الانثى ٤ اختار فى المسايرة جواز كونها نبية لا رسولة لبناء حالهن على الستر (ولو قضت فى حد وقود فرفع الى قاض آخر) يرى جوازه (فامضاه ليس لغيره ابطاله) خلاف شرح عينى

أو السيد أو الغاصب (قوله لا القضاء) أى لا على طريق الحكم بالطلاق أو العتاق أو الغصب (قوله ولا يقبل كتاب القاضى) الاولى حذف القاضى لان المحكم ليس قاضيا الا أن يراد به ما يشمل المولى من السلطان وغيره (قوله بل من قاض مولى الخ) أفاد أن هذا شرط فى الكاتب فقط قال فى المنح فلا تقبل من قاضى رستاق الى قاضى مصر وانما تقبل من قاضى مصر الى قاضى مصر آخر أو الى قاضى رستاق (قوله يملك اقامة الجمعة) الظاهر أن هذا غير قيد ولا سيما فى زماننا لان السلطان لا يأذن للقاضى بها والظاهر أن مراده الاشارة الى أن المراد قاضى المصر التى تقام فيها الجمعة تأمل وفى المنح عن السراجية وانما تقبل كتب قضاة الامصار التى تقام فيها الحدود وينفذ فيها حكم الحكام الا فيما لا خطر له شرعا لان الولاية لا تثبت الا فى محل قابل للولاية لمن هو أهل له (قوله وقيل يقبل الخ) الظاهر أن الخلاف مبنى على الخلاف فى أن المصر هل هو شرط لنفاذ القضاء أم لا فحكوا عن ظاهر الرواية انه شرط وعن رواية النوادر أنه ليس بشرط وبه يفتى كما فى البزازية فعلى هذا يفتى بقبوله من قاضى رستاق الى قاضى مصر أو رستاق منح ومثله فى شرح المقدسى ورأيت بخط بعض الفضلاء أن ما ذكر من ابتناء الخلاف على الخلاف الآخر مصرح به فى البزازية (قوله واعتمده المصنف والكمال) قد علمت كلام المصنف وأما الكمال فقد قال والذى ينبغى انه بعد عدالة شهود الاصل والكتاب لا فرق أى بين كونه من قاضى مصر أو غيره (قوله الى من يصل اليه الخ) أى بناء على قول الثانى بجواز التعميم ابتداء كما مر (قوله لعدم ولايته وقت الخطاب) أى لانه خطاب والخطاب انما يصح اذا كان له ولاية وقته منح (قوله ليس لنائبه أن يقبله) لانه قد كتب الى غيره ولو جعل الخطاب الى النائب وسماه باسمه ليس للمنيب أن يقبله لانه لا يقبل الكتاب الا المكتوب اليه (قوله فى غير حد وقود) لانها لا تصلح شاهدة فيهما فلا تصلح حاكمة (قوله ولو بلا شرط واقف) أما اذا شرط الواقف فلا شك فيه لانها أهل للشهادة وأما بدون شرطه الناص عليها كما فى صورة الحادثة التى ذكرها ففيه نزاع فقد رده فى النهر بأن قوله ثم لولده لا يشمل الانثى لان عرف الواقفين مراعى ولم يتفق تقرير انثى شاهدة فى وقف فى زمن ما فيما علمنا فوجب صرف ألفاظه الى ما تعارفوه وهو الشاهد الكامل الخ كلامه ونقل الحموى مثله عن المقدسى ثم نقل عن بعضهم أن هذا لا يمنع كونها اهلا للشهادة وقول الاصحاب بجواز شهادتها وقضائها فى غير حد وقود صريح فى صحة تقريرها فى الاوقاف اه قلت لا يخفى ما فيه فان الكلام ليس فى اهليتها بل فى دخولها فى كلام الواقف المبنى على المتعارف (تنبيه) وأما تقريرها فى نحو وظيفة الامام فلا شك فى عدم صحته لعدم اهليتها خلافا لما زعمه بعض الجهلة أنه يصح وتستنيب لان صحة التقرير يعتمد وجود الاهلية وجواز الاستنابة فرع صحة التقرير اه ابو السعود وفى الاشباه اذا ولى السلطان مدرسا ليس بأهل لم تصح توليته لان فعله مقيد بالمصلحة ولا مصلحة فى تولية غير الاهل واذا عزل الاهل لم ينعزل وفى معيد النعم ومبيد النقم المدرس اذا لم يكن صالحا للتدريس لم يحل له تناول المعلوم اه والذى يظهر فى تعريف اهلية التدريس انها بمعرفة منطوق الكلام ومفهومه وبمعرفة المفاهيم وأن يكون له سابقة اشتغال على المشايخ بحيث صار يعرف الاصطلاحات ويقدر على أخذ المسائل من الكتب وأن يكون له قدرة على أن يسأل ويجيب اذا سئل ويتوقف ذلك على سابقة اشتغال فى النحو والصرف بحيث صار يعرف الفاعل من المفعول وغير ذلك واذا قرأ لا يلحن واذا قرأ لاحن بحضرته رد عليه اه مختصرا ط قلت ومقتضاه أنه اذا مات الامام أو المدرس لا يصح توجيه وظيفته على ابنه الصغير وقدمنا فى الجهاد فى آخر فصل الجزية عن العلامة البيرى بعد كلام نقله الى أن قال أقول هذا مؤيد لما هو عرف الحرمين الشريفين ومصر والروم من غير نكير من ابقاء أبناء الميت ولو كانوا صغارا على وظائف آبائهم من امامة وخطابة وغير ذلك عرفا مرضيا لان فيه احياء خلف العلماء ومساعدتهم على بذل الجهد فى الاشتغال بالعلم وقد أفتى بجواز ذلك طائفة من أكابر الفضلاء الذين يعول على افتائهم اه وقيدنا ذلك هناك بما اذا اشتغل الابن بالعلم أما لو تركه وكبر وهو جاهل فانه يعزل وتعطى الوظيفة للاهل لفوات العلة وقدمنا فى الوقف أنه لا يصح جعل الصبى الصغير ناظرا على وقف فراجع ما حررناه فى الموضعين (قوله اختار) اى الكمال فى المسايرة هى رسالة فى علم الكلام ساير بها عقيدة الغزالى ط (قوله لبناء حالهن على الستر) اى والرسول يحتاج الى مخالطة الذكور بالتعليم واقامة الحجج عليهم وغير ذلك مما لا يكون الا من الذكور والجواز لا يقتضى الوقوع قال فى بدء الامالى وما كانت نبيا قط انثى ط (قوله يرى جوازه)

٢ مطلب فى جعل المرأة شاهدة فى الوقف

٣ مطلب لا يصح تقرير المرأة فى وظيفة الامامة

٤ مطلب لا يصح تولية السلطان مدرسا ليس بأهل

٥ مطلب فى توجيه الوظائف للابن ولو صغيرا

قد به لان نفس القضاء اذا كان مختلفا فيه لا ينفذ مالم ينفذه قاض آخر يرى جوازه فحينئذ اذا رفع الى من لا يراه نفذ بخلاف ما اذا كان الخلاف فى طريق القضاء لا فى نفسه فانه ينفذ على المخالف بدون تنفيذ آخر كما حررناه سابقا ولذا قال العينى ولو قضت بالحدود والقصاص وأمضاه قاض آخر يرى جوازه جاز بالاجماع لان نفس القضاء مجتهد فيه فان شريحا كان يجوز شهادة النساء مع رجل فى الحدود والقصاص وقال الشيخ ابو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير ولو قضى القاضى فى الحدود بشهادة رجل وامرأتين نفذ قضاؤه وليس لغيره ابطاله لانه قضى فى فصل مجتهد فيه وليس نفس القضاء هنا مختلفا فيه اهـ اى بخلاف قضاء المرأة فى الحدود فان المجتهد فيه نفس القضاء (قوله والخنثى كالانثى) اى فيصح قضاؤه فى غير حد وقود بالاولى وينبغى أن لا يصح فى الحدود والقصاص لشبهة الانوثة بحر (قوله أو لولده) اى ونحوه من كل من لا تقبل شهادته له كما يعلم مما يأتى (قوله فأناب غيره) اى وكان من اهل الانابة بحر عن السراجية اى بأن كان مأذونا له بالانابة (قوله كالو قضى) أى القاضى (قوله خلافا للجواهر) حيث قال فيها القاضى اذا كانت له خصومة على انسان فاستخلف خليفة فقضى له على خصمه لا ينفذ لان قضاء نائبه كقضائه بنفسه وذلك غير جائز لما ذكر محمد أن من وكل رجلا بشئ ثم صار الوكيل قاضيا فقضى لموكله فى تلك الحادثة لم يجز لانه قضى لمن ولاه ذلك فكذلك نائب هذا القاضى قال والوجه لمن ابتلى بمثل هذا أن يطلب من السلطان الذى ولاه أن يولى قاضيا آخر حتى يختصما اليه فيقضى أو يتحاكما الى حاكم محكم ويتراضيا بقضائه فيقضى بينهما فيجوز اهـ قلت ولعل هذا محمول على ما اذا لم يكن القاضى مأذونا له بالانابة كما يدل عليه قوله والوجه الخ والا فلو كان مأذونا كان نائبه نائبا عن السلطان كما مر فى فصل الحبس فلا يحتاج الى أن يطلب من السلطان تولية قاض آخر فلذا مشى المصنف هنا على الجواز وان تردد فيه فى شرحه قبيل قوله ويرد هديته (قوله لا يقضى القاضى الخ) فى الهندية لا يجوز للقاضى أن يقضى لوكيله ولا لوكيل وكيله ولا لوكيل أبيه وان علا أو ابنه وان سفل ولا لعبده ولا لمكاتبه ولا لعبيد من لا تقبل شهادتهم له ولا لمكاتبيهم ولا لشريكه مفاوضة أو عنانا فى مال هذه الشركة كذا فى المحيط وكل من لا تجوز شهادته كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة كذا فى شرح الطحاوى اهـ ملخصا وفى معين الحكام مما يجرى مجرى القضاء الافتاء فينبغى للمفتى الهروب من هذا متى قدر اهـ أى وكان هناك مفت غيره حموى ط قلت والعلة فى ذلك التهمة (قوله الا فى الوصية) صورتها ما فى الاشباه لو كان القاضى غريم ميت فأثبت أن فلانا وصيه صح وبرئ بالدفع اليه بخلاف ما اذا دفع له قبل القضاء امتنع القضاء وبخلاف الوكالة عن غائب فانه لا يجوز القضاء بها اذا كان القاضى مديون الغائب سواء كان قبل الدفع أو بعده (قوله ولو فى حياة امرأته وأبيه) لكن بعد موتهما يقضى فيما لم يرث منه كما يأتى (قوله وزاد بيتين) أى زاد على نظم الوهبانية بيتين وهما الاولان أما الثالث فهو من زيادات شارحها ابن الشحنة نقله عنه الشرنبلالى فى شرحه (قوله لام العرس) بكسر العين أى لام زوجته (قوله محرر) خبر لمبتدا محذوف أى هذا الحكم محرر ط (قوله بميراث) بدون تنوين للضرورة ولو قال من الارث لكان أولى (قوله مقضى) بالرفع فاعل خلا قال الشرنبلالى فى شرحه فأم زوجته يصح لها القضاء بالمال وغيره حال حياة زوجته وبعد موت الزوجة يصح فيما لم يكن ميراثا له عن زوجته ولا يصح فى الموروث لاستحقاق القاضى حصة منه بالميراث من زوجته وقضاؤه لزوجة أبيه كذلك فى حال حياة الاب يصح مطلقا وبعد موته يختص بما لا يرث منه القاضى كما اذا ادعت استحقاقا فى وقف يخصها اهـ ولا يخفى أن هذا أيضا مخصوص بما اذا كانت أم زوجته المقضى لها حية والا كان قضاء لزوجته فيما ترث منه (قوله ويقضى الخ) فاعله قوله مستحق قال الشرنبلالى صورتها لو وقف على علماء كذا وسلم للمتولى فادعى فساد الوقف بسبب الشيوع عند قاض هو من أولئك العلماء نفذ قضاؤه وكذا يقضى فيما هو تحت نظره من الاوقاف قال ابن الشحنة وقولى لوصف القضا والعلم ليخرج ما لو كان استحقاقه لذاته لا لوصف وهذه المسألة نظير مسألة الشهادة على وقف لمدرسة هو مستحق وستأتى فى كتاب الشهادات والله سبحانه أعلم

(هذه مسائل شتى)

والخنثى كالانثى بحر واعلم انه اذا وقع للقاضى حادثة أو لولده فأناب غيره و(قضى نائب القاضى له أو لولده جاز) قضاؤه (كما لو قضى للامام الذى قلده القضاء أو لولد الامام) سراجية وفى البزازية كل من تقبل شهادته له وعليه يصح قضاؤه له وعليه اهـ خلافا للجواهر والملتقط فليحفظ (ويقضى النائب بما شهدوا به عند الاصل وعكسه) وهو قضاء الاصل بما شهدوا به عند النائب فيجوز للقاضى أن يقضى بتلك الشهادة باخبار النائب وعكسه خلاصة (فروع) * لا يقضى القاضى لمن لا تقبل شهادته له الا اذا ورد عليه كتاب قاض لمن لا تقبل شهادته له فيجوز قضاؤه به اشباه وفيها لا يقضى لنفسه ولا لولده الا فى الوصية وحرر الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية صحة قضاء القاضى لام امرأته ولامرأة أبيه ولو فى حياة امرأته وأبيه وانه يقضى فيما هو تحت نظره من الاوقاف وزاد بيتين فقال

ويقضى لام العرس حال حياتها
وعرس أبيه وهو حى محرر
وبعد وفاة ان خلا عن نصيبه
بميراث مقضى به فتبصروا
ويقضى بوقف مستحق لريعه
لوصف القضا والعلم أو كان ينظر

* هذه (مسائل شتى) *

قدر الشارح لفظ هذه اشارة الى ان مسائل خبر مبتدأ محذوف وشتى صفة لمسائل (قوله أى متفرقة) ومنه قوله تعالى ان سعيكم لشتى أى لمختلف فى الجزاء وتمامه فى البحر (قوله سفل) بكسر السين وضمها ضد العلو بضم العين وكسرها مع سكون اللام فيهما ط عن الحموى (قوله من أن يتد) أصله يوتد حذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة من باب ضرب والوتد كما فى البحر عن البناية كالخازوق القطعة من الخشب أو الحديد يدق فى الحائط ليعلق عليه شئ أو يربط به وفى البحر أيضا وأشار المصنف الى منعه من فتح الباب ووضع الجذوع وهدم سفله وقيد بالتصرف فى الجدار احترازا عن تصرفه فى ساحة السفل فذكر قاضى خان لو حفر صاحب السفل فى ساحته بئرا وما أشبهه له ذلك عنده وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر اهـ (قوله بفتح وضم) أى مع تشديد الواو ويجمع الاول على كوات كحبة وحبات والثانى على كواء بالمد والقصر كمدية ومدى ط والكوة ثقب البيت وتستعار لمفاتيح الماء الى المزارع والجداول بحر عن المغرب والمراد بها ما يفتح فى حائط البيت لاجل الضوء أو ما يخرق فيه بلا انفاذ لاجل وضع متاع ونحوه (قوله الطاقة) تفسير للكوة لكن فى القاموس الطاق ما عطف من الابنية ولم أر من ذكره فى اللغة بالتاء تأمل (قوله وكذا بالعكس الخ) أى كما يمنع ذو السفل يمنع ذو العلو وعبارة المجمع وكل من صاحب علو وسفل ممنوع من التصرف فيه الا باذن الآخر وأجازاه ان لم يضر به وفى العينى وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبنى على العلو شيأ أو بيتا أو يضع عليه جذوعا أو يحدث كنيفا اهـ وكذا جعله فى الهداية على الخلاف لكن فى البحر عن قسمة الولوالجية اختلف المشايخ على قوله فقيل له أن يبنى ما بدا له ما لم يضر بالسفل وقيل وان أضر والمختار للفتوى انه اذا أشكل انه يضر أم لا لا يملك واذا علم انه لا يضر يملك (قوله وقالا الخ) قال فى الفتح قيل ما حكى عنهما تفسير لقول الامام لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه فلا خلاف بينهم وقيل بينهما خلاف وهو ما فيه شك فما لا شك فى عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغى أن يمنع اتفاقا وما يشك فى التضرر به كدق الوتد فى الجدار أو السقف فعندهما لا يمنع وعنده يمنع اهـ وفى قسمة المنية ان المختار أن الخلاف فيما اذا أشكل فعنده يمنع وعندهما لا اهـ وكذا يأتى فى كلام الشارح قريبا انه المختار للفتوى (قوله ولو انهدم السفل الخ) أى بنفسه وأما لو هدمه فقد قال فى الفتح وعلمت انه ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه لانه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو (قوله وتمامه فى العينى) حيث قال بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها أحدهما بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه أن يقسم عرصتها ويبنى فى نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع وعلى هذا اذا انهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لانه مضطر اذ لا يمكنه قسمة بعضه ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذى ذكرناه اهـ أى ان أمكنه قسمة العرصة ليبنى فى نصيبه لا يكون مضطرا والا كان مضطرا والحاصل انه اذا انهدم كل الدار أو الحمام فان كان يمكنه قسمة العرصة ليبنى فى نصيبه لا يكون مضطرا فلو عمر بدون اذن شريكه يكون متبرعا والظاهر أن المراد ما اذا أمكنه اعادة العرصة دارا أو حماما كما كانت لا مطلق البناء وان كان لا يمكن قسمة العرصة فهو مضطر وان انهدم بعض الحمام أو بعض الدار فهو مضطر أيضا والظاهر أن المراد ما اذا كانت الدار صغيرة أما اذا كانت كبيرة يمكن قسمتها فانه يقسمها فان خرج المنهدم فى نصيبه بناه أو فى نصيب شريكه يفعل به شريكه ما أراد (تنبيه) قال فى البحر وذكر الحلوانى ضابطا فقال كل من أجبر أن يفعل مع شريكه فاذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لم يرجع لانه متطوع اذ كان يمكنه أن يجبر مثل كرى الانهار واصلاح السفينة المعيبة وفداء العبد الجانى وان لم يجبر لا يكون متطوعا كمسألة انهدام العلو والسفل اهـ ومن ذلك لو أنفق على الدابة بلا اذن شريكه لم يرجع لتمكنه من رفعه الى القاضى ليجبر بخلاف الزرع المشترك فانه يرجع لانه لا يجبر شريكه كما فى المحيط فكان مضطرا اهـ وتمام ذلك فيه وذكر قبله أن صاحب العلو ان بنى السفل بأمر القاضى رجع بما أنفق والا فبقيمة البناء به يفتى والصحيح أن المعتبر فى الرجوع قيمة البناء يوم البناء لا يوم الرجوع قلت وقد تلخص من هذا الاصل وعما قبله انه ان لم يضطر بأن أمكنه القسمة فعمر بلا أمر فهو متبرع والا فان كان شريكه يجبر على العمل معه ككرى النهر ونحوه فكذلك وان كان شريكه لا يجبر كمسألة السفل لا يكون متبرعا

أى متفرقة وجاء واشتى أى متفرقين (يمنع صاحب سفل عليه علو) أى طبقة (لآخر من أن يتد) أى يدق الوتد (فى سفله) وهو البيت التحتانى (أو ينقب كوة) بفتح أو ضم الطاقة وكذا بالعكس دعوى المجمع (بلا رضى الآخر) وهذا عنده وهو القياس بحر وقالا لكل فعل ما لا يضر ولو انهدم السفل بلا صنع ربه لم يجبر على البناء لعدم التعدى ولذى العلو أن يبنى ثم يرجع بما أنفق ان بنى باذنه أو اذن قاض والا فبقيمة البناء يوم بنى وتمامه فى العينى

مطلب فيما لو انهدم المشترك واراد أحدهما البناء وابى الآخر

بل يرجع بما أنفق ان بنى بأمر القاضى والا فبقيمة البناء يوم البناء وقد وقع فى هذه المسألة اضطراب كثير وقدمنا تمام الكلام عليها آخر الشركة وكنت نظمت ذلك بقولى

وان يعمر الشريك المشترك * بدون اذن للرجوع ما ملك
ان لم يكن لذاك مضطرا بأن * أمكنه قسمة ذلك السكن
أما اذا اضطر لذا وكان من * أبى على التعمير يجبر فان
باذنه أو اذن قاض يرجع * وفعله بدون ذا تبرع
ثم اذا اضطر ولا جبر كما * فى السفل والجدار يرجع بما
أنفقه ان كان بالاذن بنى * لذا والا فبقيمة البنا

ثم اعلم أن صاحب العلو اذا بنى السفل فله أن يمنع صاحب السفل من السكنى حتى يدفع اليه لكونه مضطرا وكذا حائط بين اثنين لهما عليه خشب فبنى أحدهما فله منع الآخر من وضع الخشب حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا كما فى البحر وفيه عن جامع الفصولين لكل من صاحب السفل والعلو حق فى ملك الآخر لذى العلو حق قراره ولذى السفل حق دفع المطر والشمس عن السفل اهـ ثم نقل عنه أيضا لو هدم ذو السفل سفله وذو العلو علوه أخذ ذو السفل ببناء سفله اذ فوت عليه حقا ألحق بالملك فيضمن كما لو فوت عليه ملكا اهـ قال فى البحر وظاهره انه لا جبر على ذى العلو وظاهر الفتح خلافه وهو محمول على ما اذا بنى ذو السفل سفله وطلب من ذى العلو بناء علوه فانه يجبر اهـ اى لان فرض المسألة انه هدم علوه فيجبر على بنائه بعد ما بنى ذو السفل سفله لا قبله وانما اجبر لان لذى السفل حقا فى العلو كما علمت وأما لو انهدم العلو بلا صنعه فلا يجبر لعدم تعديه كما ذكره الشارح فيما لو انهدم السفل وفى البحر عن الذخيرة سقف السفل وجذوعه وهراديه وبواريه وطينه لذى السفل قال وذكر الطرسوسى أن الهرادى ما يوضع فوق السقف من قصب او عريش اهـ قلت لكن فى المغرب عن الليث الهردية قضبان تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم اهـ فهى التى تسمى فى عرفنا سقالة هذا وذكر فى الخيرية أن تطيين سقف السفل لا يجب على واحد منهما أما ذو العلو فلعدم وجوب اصلاح ملك الغير عليه وان تلف الطين بالسكن المأذون فيه شرعا الا اذا تعدى بازالته فيضمنه وأما ذو السفل فلعدم اجباره على اصلاح ملكه فان شاء طينه ورفع ضرر وكف الماء عنه وان شاء تحمل ضرره (تتمة) فى البحر عن جامع الفصولين جدار بينهما ولكل منهما حمولة فوهى الحائط فأراد أحدهما رفعه ليصلحه وأبى الآخر ينبغى أن يقول مريد الاصلاح للآخر ارفع حمولتك باسطوانات وعمد ويعلمه أنه يريد رفعه فى وقت كذا وأشهد على ذلك فلو فعله والا فله رفع الجدار فلو سقطت حمولته لم يضمن اهـ قلت والظاهر أن مثله ما اذا احتاج السفل الى العمارة فتعليق العلو على صاحبه وهذه فائدة حسنة لم أجد من نبه عليها (قوله زائغة مستطيلة) وفى التهذيب الزائغة الطريق الذى حاد عن الطريق الاعظم اهـ من زاغت الشمس اذا مالت والمستطيلة الطويلة من استطال بمعنى طال أفاده فى البحر (قوله مثلها) اى طويلة احترازا عن المستديرة كما يأتى (قوله لكن غير نافذة) أفاد أن الاولى نافذة وقد قال فى البحر أطلقها اى الاولى تبعا لاكثر الكتب وقيدها فى النهاية تبعا للفقيه أبى الليث والتمرتاشى بغير النافذة ويمكن حمل كلامه عليه لقوله مثلها غير نافذة اهـ أى بناء على أن غير نافذة بيان لوجه المماثلة وفيه نظر بل المتبادر أن المماثلة فى الطول وغير نافذة حال لبيان قيد زائد فيها على الاولى والالزم أن لا تكون الثانية مقيدة بكونها طويلة فيشمل المستديرة وهو غير صحيح واستظهر الخير الرملى اطلاق الاولى اذ لا عبرة بكونها نافذة أو غير نافذة لامتناع مرور أهلها فى الثانية مطلقا بخلاف المتشعبة كما يأتى قلت لكن فى بعض الصور يظهر الفرق فى الاولى بين النافذة وغيرها كما تعرفه (قوله الى محل آخر) متعلق بنافذة والمراد به الطريق العام او ما يتوصل منه اليه احترازا عن النافذة الى سكة اخرى غير نافذة (قوله عن فتح باب للمرور) قال فى فتح القدير قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان له رفع كل جداره فكذا له رفع بعضه والاصح انه يمنع من الفتح لانه منصوص عليه فى الرواية بنص محمد فى الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذ تمكن مراقبته ليلا ونهارا فى الخروج فيخرج ولانه عساه يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا فى المرور ويستدل عليه بتركيب الباب اهـ (قوله لا للاستضاءة والريح) قال العينى بعد حكاية

(زائغة مستطيلة) أى سكة طويلة (يتشعب عنها) سكة (مثلها) لكن (غير نافذة) الى محل آخر (يمنع أهل الاولى عن فتح باب) للمرور لا للاستضاءة والريح عينى

مطلب
فى فتح باب آخر للدار

القولين المذكورين ولكن هذا فيما اذا أراد بفتح الباب المرور فانه يمنع استحسانا واذا أراد به الاستضاءة والريح دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقله فخر الاسلام عن الفقيه أبي جعفر اهـ قلت وهذا اذا كان الباب عاليا لا يصلح للمرور كما يدل عليه التعليل المار والا كان قول بعض المشايخ بعينه وهو خلاف الاصح فعلم أن المراد غيره وهو مسألة الطاقة الآتية فافهم (قوله في القصوى) اى البعدى وهي المتشعبة من الاولى الغير النافذة أما النافذة فلا منع من الفتح فيها لان لكل أحد حق المرور فيها (قوله على الصحيح) مقابله ما قدمناه آنفا من القول بأنه لا يمنع من الفتح بل من المرور (قوله اذ لا حق لهم في المرور) اى لا حق لاهل الزائغة الاولى في المرور في الزائغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها كذا في الفتح أي لا شفعة لهم بحق الشركة في الطريق اذ لو كان جارا ملاصقا كان له الشفعة شرنبلالية ثم قال في الفتح بخلاف أهل القصوى فان لاحدهم أن يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها اهـ قال العلامة المقدسي هذا اذا فتح في جانب يدخل منه اليها أما في الجانب الآخر غير النافذ فلا اهـ وفيه فائدة حسنة يفيدها التعليل أيضا وهي أن الزائغة الاولى اذا كانت غير نافذة وأراد واحد من أهل القصوى فتح باب في الاولى له ذلك ان كانت داره متصلة بركن الاولى وكانت من جانب الدخول الى القصوى أما لو كانت من الجانب الثاني فلا اذ لا حق له في المرور في الجانب الثاني بخلاف ما اذا كانت الاولى نافذة فان له المرور من الجانبين فيكون له فتح الباب من الجانب الثاني أيضا وبه يظهر الفرق بين كون الاولى نافذة أولا خلافا لما مر عن الرملي والظاهر أن كلام الفتح مبني على كون الاولى نافذة وان حمل على انها غير نافذة يدعى تخصيصه بغير الصورة المذكورة (تنبيه) يعلم مما هنا أنه لو أراد فتح باب أسفل من بابه والسكة غير نافذة يمنع منه وقيل لا وفي كل من القولين اختلاف التصحيح والفتوى قال في الخيرية والمتون على المنع فليكن المعول عليه (قوله وفي زائغة مستديرة) محترز قوله يتشعب عنها مثلها فان المراد بها الطويلة ويقابلها المستديرة وفي حاشية الواني على الدرر هذا اذا كانت أي المستديرة مثل نصف دائرة أو أقل حتى لو كانت أكثر من ذلك لا يفتح فيها الباب والفرق أن الاولى تصير ساحة مشتركة بخلاف الثانية فانه اذا كان داخلها أوسع من مدخلها يصير موضعا آخر غير تابع للاول كذا قيل اهـ وقال له صدر الشريعة ومنلا مسكين ورده ابن كمال (قوله لانها كساحة الخ) قال في الفتح لان لكل حق المرور اذ هي ساحة مشتركة غاية الامر أن فيها اعوجاجا ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها اهـ (قوله ولذا يمكنهم نصب البوابة) لم أر فيما عندي من كتب اللغة لفظ البوابة وهي في عرف الناس اليوم اسم للباب الكبير الذي ينصب في رأس السكة أو المحلة مثلا وعبارة ابن كمال عن الحلواني ولذا يمكنهم نصب الدرب وفي القاموس الدرب باب السكة الواسع والباب الاكبر جمعه دراب (قوله بهذه الصورة) اختلفت النسخ في كيفية رقمها ولنصورها بصورة جامعة للمستطيلة المتشعب عنها مستطيلة مثلها نافذة وغير نافذة ومستديرة ومربعة هكذا

فالدار الثالثة التي في ركن المتشعبة الغير النافذة لو كان بابها في الطويلة يمنع صاحبها عن فتح الباب في المتشعبة الغير النافذة لانه ليس له حق المرور فيها ولو كان بابها في المتشعبة لا يمنع من فتح باب في الاولى الطويلة وأما الدار الرابعة التي في الركن الثاني لو كان بابها في الطويلة يمنع من فتحه في المتشعبة المذكورة وكذا لو كان في المتشعبة يمنع من فتحه في الطويلة لانه ليس له حق المرور في ذلك الجانب لكن هذا اذا كانت الطويلة غير نافذة بخلاف النافذة لان له حق المرور حينئذ من الجانبين كما قلنا فيما مر وأما الدار الخامسة التي في الركن الاول من المتشعبة الثانية النافذة فلصاحبها فتح الباب فيها وفي الطويلة بخلاف الدار السادسة التي في الركن الثاني من المتشعبة المذكورة فانه لو كان بابه فيها يمنع من الفتح في الطويلة لو غير نافذة لا لو نافذة لما علمت (تتمة) في منية المفتي

(في القصوى) الغير النافذة على الصحيح اذ لا حق لهم في المرور بخلاف النافذة (وفي) زائغة (مستديرة لزق) أي اتصل (طرفاها) أي نهايته سعة اعوجاجها بالمستطيلة (لا) يمنع لانها كساحة مشتركة في دار بخلاف ما لو كانت مربعة فانها كسكة في سكة ولذا يمكنهم نصب البوابة ابن كمال بهذه الصورة

مطلب
اقتسموا دارا وأراد كل منهم فتح باب لهم ذلك

من كتاب القسمة دار في سكة غير نافذة بين جماعة اقتسموها وأراد كل منهم فتح باب وحده ليس لاهل السكة منعهم قلت ينبغي تقييده بما اذا أرادوا فتح الابواب فيما قبل الباب القديم لا فيما بعده كما قدمناه آنفا عن الخيرية من التعويل على ما في المتون ثم على القول الثاني المصحح أيضا لا تفصيل ثم قال في المنية دار لرجل بابها في سكة غير نافذة فاشترى بجنبها دارا بابها في سكة أخرى له فتح باب لها في داره الاولى لا في السكة الاولى وبه أفتى أبو جعفر وأبو الليث وقال أبو نصير له ذلك لان أهل السكة شركاء فيها بدليل ثبوت حق الشفعة للكل اه ملخصا قلت الظاهر أنه مبني على الخلاف السابق والله تعالى أعلم (قوله ولا يمنع الشخص الخ) هذه القاعدة تخالف المسألة التي قبلها فان المنع فيها من تصرف ذي السفل مطلق عن التقييد بكونه مضرا ضررا بينا أولا وهنا المنع مقيد بالضرر البين ولا سيما على ظاهر الرواية الآتي من انه لا يمنع مطلقا نعم على ما قدمنا من أن المختار المنع في الضرر البين والمشكل تندفع المخالفة على ما مشى عليه المصنف هنا وقد يجاب بأن المسألة المتقدمة ليست من فروع هذه القاعدة فان ما هنا في تصرف الشخص في خالص ملكه الذي لا حق للجار فيه وما مر في تصرفه فيما فيه حق للجار فان السفل وان كان ملكا لصاحبه الا أن لذي العلو حقا فيه فلذا أطلق المنع فيه ولذا لو هدم ذو السفل سفله يؤمر باعادته بخلاف ما هنا هذا ما ظهر لي فاغتنمه (قوله بينا) أي ظاهرا ويأتي بيانه قريبا (قوله واختاره في العمادية) حيث قال كما في جامع الفصولين والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه ولو أضر بغيره لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضررا بينا وقيل بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اه قلت قوله وقيل بالمنع عطف تفسير على قوله ترك القياس فليس قولا ثالثا ثم وقع في الخيرية وقيل بالمنع مطلقا الخ ومقتضاه انه قول ثالث بالمنع سواء كان الضرر بينا أولا لكن عزا في الخيرية ذلك الى التتارخانية والعمادية وليس ذلك في العمادية كما رأيت فالظاهر أن لفظ مطلقا سبق قلم ويدل عليه قوله في الفتح والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل المالك ما بدا له مطلقا لانه متصرف في خالص ملكه لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا وهو المراد بالبين وهو ما يكون سببا للهدم أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوائج الاصلية كسد الضوء بالكلية واختاروا الفتوى عليه فأما التوسع الى منع كل ضرر ما فيسد باب انتفاع الانسان بملكه كما ذكرنا قريبا اه ملخصا فانظر كيف جعل المفتى به القياس الذي يكون فيه الضرر بينا لا مطلقا والا لزم انه لو كانت له شجرة مملوكة يستظل بها جاره وأراد قطعها أن يمنع لتضرر الجار به كما قرره في الفتح قبله قلت وأفتى المولى أبو السعود أن سد الضوء بالكلية ما يكون مانعا من الكتابة فعلى هذا لو كان للمكان كوتان مثلا فسد الجار ضوء احداهما بالكلية لا يمنع اذا كان يمكن الكتابة بضوء الاخرى والظاهر أن ضوء الباب لا يعتبر لانه يحتاج لغلقه لبرد ونحوه كما حررته في تنقيح الحامدية وفي البحر وذكر الرازي في كتاب الاستحسان لو أراد أن يبني في داره تنورا للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحى للطحن أو مدقات للقصارين لم يجز لانه يضر بجيرانه ضررا فاحشا لا يمكن التحرز عنه فانه يأتي منه الدخان الكثير والرحى والدق يوهن البناء بخلاف الحمام لانه لا يضر الا بالنداوة ويمكن التحرز عنه بأن يبني حائطا بينه وبين جاره وبخلاف التنور المعتاد في البيوت اه وصحح النسفي في الحمام أن الضرر لو فاحشا يمنع والا فلا وتمامه فيه (قوله حتى يمنع الجار من فتح الطاقة) أي التي يكون فيها ضرر بين بقرينة ما قبله وهو ما أفتى به قارئ الهداية لما سئل هل يمنع الجار أن يفتح كوة يشرف منها على جاره وعياله فأجاب بأنه يمنع من ذلك اه وفي المنح عن المضمرات شرح القدوري اذا كانت الكوة للنظر وكانت الساحة محل الجلوس للنساء يمنع وعليه الفتوى اه قال الخير الرملي وأقول لا فرق بين القديم والحديث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما (قوله ورجحه في الفتح) حيث قال والوجه لظاهر الرواية (قوله ثمة) أي في كتاب القسمة في المنح (قوله فالعمل على المتون) قد يقال ان هذا لا يقال في كل متن مع شرح بل هذا في نحو المتون القديمة ط أي وهذه المسألة ليست من مسائل ويظهر من كلام الشارح الميل الى ما مشى عليه المصنف في متنه لانه ارفق بدفع الضرر البين عن الجار المأمور باكرامه ولذا كان هو الاستحسان الذي مشى عليه مشايخ المذهب المتأخرين وصرحوا بأن الفتوى عليه والحاصل انهما قولان معتمدان يترجح أحدهما بما ذكرنا والآخر بكونه أصل المذهب (قوله قياسا على مسألة السفل الخ) أقول هذا غير مسلم لانه مخالف لكلامهم

(ولا يمنع الشخص من تصرفه في ملكه الا اذا كان الضرر بجاره ضررا (بينا) فيمنع من ذلك وعليه الفتوى بزازية واختاره في العمادية وأفتى به قارئ الهداية حتى يمنع الجار من فتح الطاقة وهذا جواب المشايخ استحسانا وجواب ظاهر الرواية عدم المنع مطلقا وبه أفتى طائفة كالامام ظهير الدين وابن الشحنة ووالده ورجحه في الفتح وفي قسمة المجتبى وبه يفتى واعتمده المصنف ثمة فقال وقد اختلف الافتاء وينبغي أن يعول على ظاهر الرواية اه قلت وحيث تعارض متنه وشرحه فالعمل على المتون كما تقرر مرارا فتدبر قلت وبقي مالو أشكل هل يضر أم لا وقد حرر محشي الاشباه المنع قياسا على مسألة السفل والعلو انه لا يتد اذا أضر وكذا ان أشكل على المختار للفتوى كما في الخانية قال المحشي فكذا تصرفه في ملكه ان أضر أو أشكل يمنع وان لم يضر لم يمنع قال ولم أر من نبه عليه فليغتنم فانه من خواص كتابي انتهى

قوله من مسائل هكذا بخطه ولعل فيه سقطا والاصل من مسائلها أي المتون القديمة أو نحو ذلك وليحرر اه مصححه

قوله المتأخرين هكذا بخطه وصوابه المتأخرون كما لا يخفى اه مصححه

مع انه قياس مع الفارق وذلك انك علمت أنّ أصل المذهب فى مسألتنا عدم المنع مطلقا لكونه تصرّفا فى خالص ملكه وخالف المشايخ أصل المذهب فيما اذا كان الضرر بيّنا ولا يخفى أنّ التقييد بالبيّن مخرج للمشكل فالقول بمنع المشكل مخالف للقولين وقياسه على المشكل فى مسألة السفل غير صحيح لانّ المتون الموضوعة لنقل المذهب ماشية على منع التصرّف فيها عكس مسألتنا وذكر بعض المشايخ أنّ المختار تقييد المنع بالمضرّ أو المشكل وما ذاك الا لكونه تصرّفا فيما للجار فيه حق وهو صاحب العلو فالاصل فيه عدم جواز التصرّف الا باذنه بخلاف مسألتنا فانّ الاصل فيها الجواز لكونه تصرّفا فى خالص حقه فالحاق المشكل فيها بالمشكل فى الاولى غير صحيح فافهم

وهذا آخر ما حرّره المؤلف بخطه من هذا الجزء وأما بقية الاجزاء فتممها بنفسه
قبل حلول رمسه فبادر نجله السعيد السيد محمد علاء الدين الى تكملة
الجزء المذكور بتجريد الهوامش التى بخط والده وغيرها على الشرح فقال

(بسم الله الرحمن الرحيم)

يا من يلبابك يجبر ثلم القلوب * وبالترقب لهبوب نسمات منحك يضرب على صفحات ثقب العيوب * يا من بصر بعظيم قدرته العباد * وقهرهم بها فلا يكون الا ما أراد * فنحمده بالحمد اللائق * ونشكره على آلائه بالشكر الفائق * ونصلى ونسلم على رسوله محمد المكمل لامّته * وعلى آله وصحبه ومن لهج بدعوته

وبعد فانّ العالم العامل * والعلامة الكامل * وحيد الدهر * وفريد العصر * سيد الزمان * وسعد الاقران * يعسوب العلماء العاملين * ومرجع الجهابذة الفاضلين * مؤلف هذه الحاشية المرحوم سيدى واستاذى ووالدى السيد محمد افندى عابدين * سقى الله ثراه صوب الغفران وجمعنا واياه فى مستقرّ رحمته * وأسكننا بحبوحة جنته * لما وصل الى هذا المحل من الكتاب * اشتاق الى مشاهدة رب الارباب * فنزل حياض المنون * وآثر الجدث الذى ليس بمسكون * وكان رحمه الله بدأ أوّلا فى التأليف من الاجارة الى الآخر * ثم من أوّل الكتاب الى انتهاء هذا التحرير الفاخر * وترك على نسخته الدرّ بعض تعليقات * وتحريرات واعتراضات * قد كاد تداول الايدى أن يذهبها * لعدم من يذهبها مذهبها * فأردت أن أجرّد ما كتبه والدى على نسخته * وألحقه بمسودته * من غير زيادة عليه * خوف الغلط ونسبته اليه * وان رأيت حاشية ليست من خطه أنبه عليها بقولى كذا أو ذكر أوفى أو قاله فى الهامش لعلى بأنه أقرّها والا شطبت عليها ومع هذا يلزم التنبيه كما ترى والله يعلم ويرى ومنه أطلب الاعانة والتوفيق لاقوم طريق قال رحمه الله ونفعنا به ورضى عنه آمين

(قوله ادّعى على آخر الخ) قال قاضى خان ادّعى على رجل انه أخذ منه مالا وبين المال ووصفه وأقام المدّعى عليه البينة على اقرار المدّعى انه أخذ فلان آخر هذا المال المسمى فأنكر المدّعى ذلك لم تقبل منه هذه البينة ولا يكون ذلك ابطالا لدعوى الاول لانّ من حجة الاول أن يقول أخذه منى فلان آخر ثم ردّه علىّ وأخذه منى هذا المدّعى عليه بعد ذلك اه كذا فى الهامش (قوله ومفاده) أى مفاد قوله أو لم يقل ذلك ح (قوله بامكان التوفيق) نقل فى البحر أنّ هذا هو القياس والاستحسان أنّ التوفيق بالفعل شرط قال الرملىّ وجواب الاستحسان هو الاصح كما فى منية المفتى (قوله وهو مختار الخ) قيده فى البحر فى فصل الفضولىّ بأن لا يكون ساعيا فى نقض ما تمّ من جهته فراجعه (قوله من أقوال أربعة) وهى كفاية امكان التوفيق مطلقا وعدم كفايته مطلقا وكفايته من المدّعى عليه لا من المدّعى وكفايته ان اتحد وجه التوفيق لا ان تعدّد وجوهه ح كذا فى الهامش (قوله بعد وقتها) ظرف للشراء كقبله ح (قوله فى الصورتين) يعنى ما اذا قال جحدنيها أو لم يقل ح (قوله فى الثانى) لانه يدّعى الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهو تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما ومرادهم بين الدعوى والبينة والا فالمدّعى لا تناقض منه لانه ما ادّعى الشراء سابقا على الهبة بحر (قوله وينبغى ترجيح الثانى الخ) ولعل وجهه انه الذى يتحقق به التناقض منح وفى النهر من باب الاستحقاق والاوجه عندى اشتراطهما عند الحاكم اذ من شرائط الدعوى كونها لديه

(ادّعى) على آخر (هبة) مع قبض (فى وقت فسئل) المدّعى (بينة فقال) قد (جحدنيها) أى الهبة (فاشتريتها منه أو لم يقل ذلك) أى جحدنيها ومفاده الاكتفاء بامكان التوفيق وهو مختار شيخ الاسلام من أقوال أربعة واختار الخجندى انه يكفى من المدّعى عليه لا من المدّعى لانه مستحق وذاك دافع والظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق بزازية (فأقام بينة على الشراء بعد وقتها) أى وقت الهبة (تقبل) فى الصورتين (وقبله لا) لوضوح التوفيق فى الوجه الاول وظهور التناقض فى الثانى ولو لم يذكرا لهما تاريخا أو ذكر لاحدهما تقبل لامكان التوفيق بتأخير الشراء وهل يشترط كون الكلامين عند القاضى أو الثانى فقط خلاف وينبغى ترجيح الثانى بحر لانّ به التناقض والتناقض يرتفع بتصديق الخصم

وبقول المتناقض تركت الاول وأدّعى بكذا أو بتكذيب الحاكم وتمامه فى البحر وأقرّه المصنف (كما لو ادّعى أولا انها) اى الدار مثلا (وقف عليه ثم ادّعاها لنفسه أو ادّعاها لغيره ثم) ادّعاها (لنفسه) لم تقبل للتناقض وقيل تقبل ان وفق بأن قال كان لفلان ثم اشتريته درر فى اواخر الدعوى قال (ولو ادّعى الملك) لنفسه (أولا ثم) ادّعى (الوقف) عليه (تقبل كما لو ادّعاها لنفسه ثم لغيره) فانه يقبل (ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية وانكر) الآخر الشراء جاز (للبائع أن يطأها ان ترك) البائع (الخصومة) واقترن تركه بفعل يدل على الرضى بالفسخ كامساكها ونقلها لمنزله لما تقرّر أن (جحود) جميع العقود (ماعدا النكاح فسخ) فللبائع ردّها بعيب قديم لتمام الفسخ بالتراضى عينى أما النكاح فلا يقبل الفسخ أصلا (ف) لذا (لو جحد أنه تزوّجها ثم ادّعاه وبرهن) على النكاح (يقبل) برهانه (بخلاف البيع) فانه اذا أنكره ثم ادّعاه لا يقبل لانفساخه بالانكار بخلاف النكاح (اقرّ بقبض عشرة) دراهم (ثم ادّعى انها زيوف) او نبهرجة (صدّق) بيمينه لان اسم الدراهم يعمها بخلاف الستوقة لغلبة غشها (و) لذا (لو ادّعى انها ستوقة لا) يصدّق (ان) كان البيان (مفصولا وصدّق لو) بين (موصولا) نهاية فالتفصيل فى المفصول لا فى الموصول (ولو أقرّ بقبض الجياد لم يصدّق مطلقا) ولو موصولا للتناقض (ولو أقرّ أنه قبض حقه او) قبض (الثمن او استوفى) حقه (صدّق فى دعواه الزيافة لو) بين (موصولا والالا) لان قوله جياد مفسر فلا يحتمل التأويل بخلاف غيره لانه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل ابن كمال (اقرّ بدين ثم ادّعى أن بعضه قرض وبعضه ربا) وبرهن عليه (قبل) برهانه قنية عن علاء الدين وسيجىء فى الاقرار (قال لآخر لك علىّ ألف) درهم (فردّه) المقرّ له (ثم صدّقه) فى مجلسه (فلا شىء عليه) للمقرّ له الا بحجة او اقرار ثانيا وكذا الحكم فى كل مافيه الحق

اه وفى شرح المقدسى ينبغى أن يكفى أحدهما عند القاضى بل يكاد أن يكون الخلاف لفظيا لان الذى حصل سابقا على مجلس القاضى لابدّ أن يثبت عنده ليترتب على ماعنده حصول التناقض والثابت بالبيان كالثابت بالعيان فكأنهما فى مجلس القاضى فالذى شرط كونهما فى مجلسه يعمّ الحقيقىّ والحكمىّ فى السابق واللاحق انتهى وهو حسن (قوله او بتكذيب الحاكم) كما لو ادّعى أنه كفل له عن مديونه بألف فأنكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول منه المال ثم ان الكفيل ادّعى على المديون انه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك يقبل عندنا ويرجع على المديون بما كفل لانه صار مكذبا شرعا بالقضاء كذا فى المنح ح (قوله وتمامه فى البحر) عبارة البحر فى الاستحقاق اولى وهى اذا قال تركت أحد الكلامين يقبل منه لانه استدل له بما فى البزازية عن الذخيرة ادّعاه مطلقا فدفعه المدّعى عليه بأنك كنت ادّعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدّعى أدّعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع اه فان المتروك الثانية لا الاولى ومع هذا انظر فيه صاحب النهر هنالك وقد يقال ذلك القول توفيق بين الدعوتين تأمل وذكر سيدى الوالد فى باب الاستحقاق تأييد مافى النهر وقال فى الخانية رجل ادّعى ملكا بسبب ثم ادّعاه بعد ذلك ملكا مطلقا فشهد شهوده بذلك ذكر فى عامّة الروايات انه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته قال مولانا رضى الله تعالى عنه قال جدّى شمس الائمة رحمه الله تعالى لا تقبل بينته ولا تبطل دعواه حتى لو قال أردت بهذا الملك المطلق الملك بذلك السبب تسمع دعواه وتقبل بينته اه (قوله عليه) كذا فى المنح ولم يذكره فى البحر وكأنه أخذه من قاعدة اعادة النكرة معرفة فيكون المراد به الوقف المارّ قبل وعليه فلا يظهر التوفيق لانه تناقض ظاهر ويمكن جريانه على مذهب الثانى القائل بصحة وقفه على نفسه انتهى ولا يخفى عليك مافيه وفى البحر من فصل الاستحقاق ولو ادّعى انها له ثم ادّعى انها وقف عليه تسمع لصحة الاضافة بالاخصية انتفاعا (قوله أن يطأها) اى بعد الاستبراء ان كانت فى يد المشترى ابو السعود عن الحموى عن الجلبى بحثا (قوله فللبائع ردّها) قيده فى النهاية بأن يكون بعد تحليف المشترى اذ لو كان قبله فليس له الردّ على بائعه لاحتمال نكول المدّعى عليه فاعتبر بيعا جديدا فى حق ثالث وقيده الشارح بأن يكون بعد القبض أما قبله فينبغى أن له الردّ مطلقا لكونه فسخا من كل وجه فى غير العقار الا بعد حلفه فيجب تقييد الكتاب بحر (قوله أقرّ الخ) للامام الطرسوسى تحقيق فى هذه المسألة فراجعه فى أنفع الوسائل (قوله زيوف) مايردّه بيت المال (قوله نبهرجة) مايردّه التجار قال فى القاموس فى فصل النون النبهرجة الزيف الردىء اه وفى المغرب النبهرج الدرهم الذى فضته رديئة وقيل الذى الغلبة فيه للفضة وقد استعير لكل ردىء باطل ومنه بهرج دمه اذا أهدر وأبطل وعن الصغانى درهم نبهرج ولم أجده بالنون الا له اه وهو مخالف لما فى القاموس مع أنه المشهور (قوله او استوفى) الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بالتمام سعدية وابن كمال (قوله لانه ظاهر) راجع للاولى وهى قبض الحق او الثمن والظاهر مااحتمل غير المراد احتمالا بعيدا والنص يحتمله احتمالا أبعد دون المفسر لانه لا يحتمل غير المراد أصلا (قوله او نص) راجع للثانية وهو قوله او استوفى (قوله قبل برهانه) لانه مضطرّ وان تناقض قنية (قوله فردّه الخ) حاصل مسائل ردّ الاقرار بالمال أنه لا يخلو اما أن يردّه مطلقا أو يردّ الجهة التى عينها المقرّ ويحوّلها الى اخرى او يردّه لنفسه ويحوّله الى غيره فان كان الاول بطل وان كان الثانى فان لم يكن بينهما منافاة وجب المال كقوله له ألف بدل قرض فقال بدل غصب والا بطل كقوله ثمن عبد لم أقبضه وقال قرض او غصب ولم يكن العبد فى يده فيلزمه الالف صدّقه فى الجهة او كذبه عند الامام وان كان فى يده فالقول للمقرّ فى يده وان كان الثالث نحو ما كانت لى قط لكنها لفلان فان صدّقه فلان تحوّل اليه والا فلا وان كان بطلاق او عتاق او ولاء أو نكاح أو وقف أو نسب أو رق لم يرتد بالردّ فيقال الاقرار يرتدّ بردّ المقرّ له الا فى هذه ذكر مجموع ذلك فى البحر وفيه اختصار أوضحته فى حاشيته (قوله فى مجلسه) وفى غيره بالاولى (قوله الا بحجة) كيف تقبل حجته وهو متناقض فى دعواه تأمل فى جوابه سعدية واستشكله فى البحر أيضا ونقل خلافه عن البزازية حيث قال فى يده عبد فقال لرجل هو عبدك فردّه المقرّ له ثم قال بل هو عبدى وقال المقرّ هو عبدى فهو لذى اليد المقرّ ولو قال ذو اليد لآخر هو عبدك فقال بل هو عبدك ثم قال الآخر بل هو عبدى وبرهن لا يقبل للتناقض اه وهذا يخالف مافى

لواحد (ومن ادّعى على آخر مالاً فقال) المدّعى عليه (ما كان لك علىّ شئ قط فبرهن المدّعى على) أن له عليه (ألف وبرهن) المدّعى عليه (على القضاء) اى الايفاء (اوالابراء ولو بعد القضاء) ٣٦٤ اى الحكم بالمال اذا الدفع بعد قضاء القاضى صحيح الافى المسألة المخمسة كما سيجئ (قبل) برهانه لامكان التوفيق لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة وسيجئ فى الاقرار أنه لو برهن على قول المدّعى أنا مبطل فى الدعوى اوشهودى كذبة اوليس لى عليه شئ صح الدفع الى آخره وذكره فى الدرر قبيل الاقرار فى فصل الاستشراء (كما) يقبل (لو ادّعى القصاص على آخر فأنكر) المدّعى عليه (فبرهن المدّعى) على القصاص (ثم برهن المدّعى عليه على العفو أو) على (الصلح عنه على مال وكذا فى دعوى الرق) بأن ادّعى عبودية شخص فأنكر فبرهن المدّعى ثم برهن العبد أن المدّعى أعتقه يقبل ان لم يصالحه ولو ادّعى الايفاء ثم صالحه قبل برهانه على الايفاء بحر وفيه برهن أن له أربعمائة ثم أقر أن عليه للمنكر ثلثمائة سقط عن المنكر ثلثمائة وقيل لا وعليه الفتوى ملتقط وكأنه لانه لما كان المدّعى عليه جاحدا فذمته غير مشغولة فى زعمه فأين تقع المقاصة والله تعالى اعلم (وان زاد) كلمة (ولا اعرفك ونحوه) كما رأيتك (لا) يقبل لتعذر التوفيق وقيل يقبل لان المحتجب او المخدرة قد يتأذى بالشغب على بابه فيأمر بارضاء الخصم ولا يعرفه ثم يعرفه حتى لو كان ممن يعمل بنفسه لا يقبل نعم لو ادّعى اقرار المدّعى عليه بالوصول او الايصال صح درر فى آخر الدعوى لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار (اقر ببيع عبده) من فلان (ثم جحده صح) لان الاقرار بالبيع بلا ثمن باطل اقرار بزازية

الهداية من انه لا بدّ من الحجة فانه يقتضى سماع الدعوى اه (قوله لواحد) بخلاف ما لو قال اشتريت وأنكر له أن يصدّقه لان أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ فلا ينفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق أما المقرّ له فينفرد بردّ الاقرار فافترقا كذا فى الهداية فالحاصل أن كل شئ يكون الحق لهما جميعا اذا رجع المنكر الى التصديق قبل أن يصدّقه الآخر على انكاره فهو جائز كالبيع والنكاح وكل شئ يكون فيه الحق لواحد كالهبة والصدقة والاقرار لا ينفعه اقراره بعده كما فى القنية بحر س (قوله ما كان لك) انظر لو لم يذكر لفظ كان وانظر ما سنذكره قريبا عند واقعة سمرقند فانه يفيد الفرق بين الماضى والحال (قوله قط) لا فرق بين أن يؤكد النفى بكلمة قط أولا بحر (قوله على الخ) الاصوب أن يقول على ألف له عليه فافهم وفى بعض النسخ على أنه له عليه ألف (قوله على القضاء اى الايفاء) قيد بدعوى الايفاء بعد الانكار اذ لو ادّعاه بعد الاقرار بالدين فان كان كلا القولين فى مجلس واحد لم يقبل للتناقض وان تفرّقا عن المجلس ثم ادّعاه وأقام البينة على الايفاء بعد الاقرار تقبل لعدم التناقض وان ادّعى الايفاء قبل الاقرار لا يقبل كذا فى خزانة المفتين بحر (قوله الا فى المسألة المخمسة) كأودعنيه فلان او آجرنيه او ارتهنته أو غصبته منه او قال أخذت هذه الارض مزارعة من فلان او هذا الكرم معاملة منه سميت مخمسة لان فيه خمسة اقوال قال فى البحر وهذه مخمسة كتاب الدعوى لان صورها خمسة وديعة واجارة واعارة ورهن وغصب أو لان فيه خمسة اقوال للعلماء الاول ما فى الكتاب وهو أنه تندفع خصومة المدّعى لان البينة اثبتت أن يده ليست بيد خصومة وهو قول أبى حنيفة الثانى قول أبى يوسف واختاره فى المختارات المدّعى عليه ان كان صالحا فكما قال الامام وان معروفا بالحيل لم تندفع عنه لانه قد يدفع ماله الى مسافر يردّه اياه ويشهد فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه به القاضى لا يقبله الثالث قول محمد ان الشهود اذا قالوا نعرفه بوجهه فقط لا تندفع فعنده لا بدّ من معرفته بالوجه والاسم والنسب وفى البزازية تعويل الائمة على قول محمد وفى العمادية لو قالوا نعرفه باسمه ونسبه لا بوجهه لم يذكر فى شئ من الكتب وفيه قولان وعند الامام لا بدّ أن يقول نعرفه باسمه ونسبه وتكفى معرفة الوجه واتفقوا على انهم لو قالوا اودعه رجل لا نعرفه لم تندفع الرابع قول أبى شبرمة انها لا تندفع عنه مطلقا لانه تعذر اثبات الملك لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيآن ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدّعى وهو خصم فيه فثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامة البينة على الطلاق الخامس قول ابن أبى ليلى تندفع بدون بينة لاقراره بالملك للغائب وقلنا انه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد أن يحوّل حقا مستحقا على نفسه فلا يصدّق الا بحجة كما لو ادّعى تحوّل الدين من ذمته الى ذمة غيره اه (قوله كما سيجئ) فى فصل رفع الدعاوى من كتاب الدعوى ح (قوله قبل برهانه) انظر لو برهن على ايفاء البعض فقد صارت حادثة الفتوى (قوله فى فصل الاستشراء) وفيه فوائد جمة فراجعه والاستشراء طلب شراء شئ (قوله ان لم يصالحه) محل هذه المسألة عند قوله ومن ادّعى على آخر مالا قال فى البحر وقيد بكون المدّعى عليه لم يصالح لسكوته عنه والاصل العدم أما اذا أنكر فصالحه على شئ ثم برهن على الايفاء او الابراء لم تسمع دعواه كذا فى الخلاصة ح (قوله وكأنه الخ) من كلام صاحب المنح (قوله فأين) الواقع فى المنح فأنى (قوله وان زاد) اى على قوله فيما تقدم ما لك علىّ شئ (قوله وقيل) ذكره القدورى عن اصحابنا بحر (قوله لان المحتجب) اى من الرجال والمحتجب من لا يتولى الاعمال بنفسه وقيل من لا يراه كل احد لعظمته بحر (قوله حتى لو كان) اى المدّعى عليه فرّع هذا على ذلك القول فى النهاية تبعا لقاضى خان وفى ايضاح الاصلاح وفيه نظر لان مبنى امكان التوفيق على أن يكون أحدهما ممن لا يتولى الاعمال بنفسه لا المدّعى عليه بخصوصه انتهى ودفعه ظاهر لان الكلام كله فى تناقض المدّعى عليه لا المدّعى بحر (قوله نعم لو ادّعى الخ) قال فى الدرر عن القنية المدّعى عليه قال للمدّعى لا اعرفك فلما ثبت الحق بالبينة ادّعى الايصال لا تسمع ولو ادّعى اقرار المدّعى بالوصول أو الايصال تسمع اه قال فى البحر لان المتناقض هو الذى يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدّقه المدّعى عيانا لم يكن متناقضا ذكره التمرتاشى انتهى وتمامه فيه وهو أحسن مما علل به الشارح وبه ظهر أن قول الشارح اقرار المدّعى عليه صوابه المدّعى الا أن يقرأ المدّعى بصيغة المبنى للفاعل تأمل (قوله لان الاقرار الخ)

(ادّعى على آخر أنه باعه امته) منه (فقال) الآخر (لم ابعها منك قط فبرهن) المدّعى (على الشراء) منه (فوجد) المدّعى (بها عيبا) وأراد ردّها (فبرهن البائع انه) اى المشترى (برئ اليه من كل عيب بها لم تقبل) بينة البائع للتناقض وعن الثانى تقبل لامكان التوفيق ببيع وكيله وابرائه عن العيب ومنه واقعة سمرقند ادّعت انه نكحها بكذا وطالبته بالمهر فانكر ٣٦٥ فبرهنت فادّعى انه خلعها على المهر تقبل لاحتمال

أنه زوجه أبوه وهو صغير ولم يعلم خلاصة (يبطل) جميع (صك) اى مكتوب (كتب ان شاء الله فى آخره) وقالا آخره فقط وهو استحسان راجح على قوله فتح واتفقوا على أن الفرجة كفاصل السكوت وعلى انصرافه للكل فى جمل عطفت بواو واعقبت بشرط وأما الاستثناء بالا وأخواتها فللاخير الا لقرينة كله مائة درهم وخمسون دينارا الا درهما فللاول استحسانا وأما الاستثناء بان شاء الله بعد جملتين ايقاعيتين فاليهما اتفاقا وبعد طلاقين معلقين اوطلاق معلق وعتق معلق فاليهما عند الثالث وللاخير عند الثانى ولو بلا عطف أو به بعد سكوت فللاخير اتفاقا وعطفه بعد سكوته لغو الا ءافيه تشديد على نفسه وتمامه فى البحر (مات ذمى فقالت عرسه اسلمت بعد موته وقالت ورثته قبله صدّقوا) تحكيما للحال (كما) يحكم الحال (فى مسألة) جريان (ماء الطاحونة) ثم الحال انما تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق (كما فى مسلم مات فقالت عرسه الذمية (اسلمت قبل موته) فارثه (وقالوا بعده) فالقول لهم لان الحادث يضاف لاقرب اوقاته (فرع) وقع الاختلاف فى كفر الميت واسلامه فالقول لمدّعى الاسلام بحر (قال المودع) بالفتح (هذا ابن مودعى) بالكسر (الميت لا وارث له غيره دفعها اليه) وجوبا كقوله هذا ابن دائنى قيد بالوارث لانه لو أقرّ أنه وصيه اووكيله او المشترى منه لم يدفعها

فيه أن الاقرار بالبيع اقرار بركنيه لانه مبادلة مال بمال الا أن يحمل على انه أقرّ بالبيع بلا مال تأمل قال فى المبسوط شهدا على اقرار البائع ولم يسميا الثمن ولم يشهدا بقبض الثمن لا تقبل وان قالا أقرّ عندنا انه باعه منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن جاز وفى مجمع الفتاوى شهدا انه باع وقبض الثمن جاز وان لم يبينوا الثمن وكذا لو شهدا باقرار البائع انه باعه وقبض الثمن اه وقال فى الخلاصة شهدوا على البيع بلا بيان الثمن ان شهدوا على قبض الثمن تقبل وكذا لو بين احدهما وسكت الآخر اه نور العين فى أوائل الفصل السادس وانظر ماسنذكره فى كتاب الشهادة وفى باب الاختلاف فيها (قوله امته منه) لا حاجة الى قوله منه لان ضمير باعه يغنى عنه ح (قوله اى المشترى) الاصوب اى البائع كما فى البحر (قوله للتناقض) لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضى وجود العقد وقد أنكره بخلاف مامرّ لان الباطل قد يقضى ويبرأ منه دفعا للدعوى الباطلة وهذا ظاهر الرواية عن الكل بحر (قوله ببيع وكيله) اى وكيل البائع (قوله وابرائه عن العيب) من اضافة المصدر الى مفعوله وهو ضمير الوكيل والفاعل المشترى الخ وعلى ماقلنا مضاف الى فاعله والضمير لوكيله وهو المفهوم من عبارة البحر فقوله اوّلا لم ابعها منك قط اى مباشرة وقوله انه برئ اليه اى الى وكيله (قوله فأنكر) اى بأن قال لا نكاح بيننا كما فى البحر عن جامع الفصولين ولو قال لا نكاح بينى وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع تقبل بينته ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط أو قال لم أتزوجها قط والباقى بحاله ينبغى أن يكون هذا ومسئلة العيب وفى ظاهر الرواية لا تقبل بينة البراءة عن العيب لانها اقرار بالبيع فكذا الخلع يقتضى سابقة النكاح فيتحقق التناقض اه (قوله راجح على قوله) اذ الاصل فى الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ملقصوده فينصرف الى مايليه ضرورة كذا فى التبيين ح (قوله فى جمل) اى قولية والا نافى ماقبله وفى البحر والحاصل انهم اتفقوا على أن المشيئة اذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله الحرام ان شاء الله ينصرف الى الكل فبطل الكل فسوّى ابو حنيفة على حكمه وهما اخرجا صورة كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة للعادة وعليها يحمل الحادث ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله كذا فى فتح القدير وظاهره أن الشرط ينصرف الى الجميع وان لم يكن بالمشيئة انتهى (قوله بشرط) اى سواء كان الشرط هو المشيئة اوغيرها كما صرّح به فى البحر ح والظاهر أن هذا خاص بالاقرار لما سيأتى بعده من قوله وأما الاستثناء الخ تأمل (قوله ايقاعيتين) اى منجزتين ليس فيهما تعليق بقرينة المقابلة نحو أنت طالق وهذا حرّ ان شاء الله تعالى ح (قوله اوبه بعد سكوت) اى اذا كان السكوت بين الجملة الاخيرة وبين ماقبلها (قوله الا ءافيه تشديد) فلو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وسكت ثم قال وهذه الاخرى دخلت الثانية فى اليمين بخلاف وهذه الدار الاخرى ولو قال وهذه طالقة ثم سكت وقال وهذه طلقت الثانية وكذا فى العتق بحر كذا فى الهامش (قوله تحكيما للحال) اى لظاهر الحال (قوله كما الخ) ليست هذه المسالة موجودة فيما كتب عليه المصنف (قوله جريان الخ) لا وجه لتخصيص الجريان بل الانقطاع كذلك فكان الاولى حذفه (قوله ثم الحال انما تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق) فان قيل هذا منقوض بالقضاء بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لانه استدلال بالحال لاثبات الاجر قلنا انه استدلال لدفع مايدّعى المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا يعقوبية وفى الهامش عن البحر فلو مات مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة اليه وأما الورثة فهم الدافعون ويظهر لهم ظاهر الحدوث أيضا اه (قوله كما فى مسلم الخ) تمثيل للمنفى وهو الاستحقاق وحاصله انما كان القول لهم هنا أيضا لما سيأتى ولا يمكن أن يكون لها بناء على تحكيم الحال لانه لا يصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة اليه (قوله لمدّعى الاسلام) فلو مات رجل وأبواه ذميان فقالا مات ابننا كافرا وقال ولده المسلمون مات مسلما فميراثه للولد دون الابوين بحر عن الخزانة (قوله مودعى) قال فى البحر قيد باقراره

(قبل) برهانه لامكان التوفيق لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة وسيجئ فى الاقرار أنه لو برهن على قول المدعى أنا مبطل فى الدعوى او شهودى كذبة اوليس لى عليه شئ صح الدفع الى آخره وذكره فى الدرر قبيل الاقرار فى فصل الاستشراء (كما) يقبل (لو ادّعى القصاص على آخر فأنكر) المدّعى عليه (فبرهن المدّعى) على القصاص (ثم برهن المدّعى عليه على العفو أو) على (الصلح عنه على مال وكذا فى دعوى الرق) بأن ادّعى عبودية شخص فأنكر فبرهن المدّعى ثم برهن العبد أن المدّعى أعتقه يقبل ان لم يصالحه ولو ادّعى الايفاء ثم صالحه قبل برهانه على الايفاء بحر وفيه برهن أن له أربعمائة ثم أقر أن عليه للمنكر ثلثمائة سقط عن المنكر ثلثمائة وقيل لا وعليه الفتوى ملتقط وكانه لانه لما كان المدعى عليه جاحدا فذمته غير مشغولة فى زعمه فأين تقع المقاصة والله تعالى اعلم (وان زاد) كلمة (ولا اعرفك ونحوه) كما رأيتك (لا) يقبل لتعذر التوفيق وقيل يقبل لان المحتجب او المخدرة قد يتأذى بالشغب على بابه فيأمر بارضاء الخصم ولا يعرفه ثم يعرفه حتى لو كان ممن يعمل بنفسه لا يقبل نعم لو ادّعى اقرار المدّعى عليه بالوصول او الايصال صح درر فى آخر الدعوى لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار (أقر ببيع عبده) من فلان (ثم جحده صح) لان الاقرار بالبيع بلا ثمن باطل اقرار بزازية

الهداية من انه لابد من الحجة فانه يقتضى سماع الدعوى اه (قوله لواحد) بخلاف ما لو قال اشتريت وأنكر له أن يصدقه لان أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ فلا ينفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق أما المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا كذا فى الهداية فالحاصل أن كل شئ يكون الحق لهما جميعا اذا رجع المنكر الى التصديق قبل أن يصدقه الآخر على انكاره فهو جائز كالبيع والنكاح وكل شئ يكون فيه الحق لواحد كالهبة والصدقة والاقرار لا ينفعه اقراره بعده كما فى القنية بحر س (قوله ما كان لك) انظر لو لم يذكر لفظ كان وانظر ما سنذكره قريبا عند واقعة سمرقند فانه يفيد الفرق بين الماضى والحال (قوله قط) لا فرق بين أن يؤكد النفى بكلمة قط أولا بحر (قوله على الخ) الاصوب أن يقول على ألف له عليه فافهم وفى بعض النسخ على أنه له عليه ألف (قوله على القضاء اى الايفاء) قيد بدعوى الايفاء بعد الانكار اذ لو ادّعاه بعد الاقرار بالدين فان كان كلا القولين فى مجلس واحد لم يقبل للتناقض وان تفرقا عن المجلس ثم ادّعاه وأقام البينة على الايفاء بعد الاقرار تقبل لعدم التناقض وان ادّعى الايفاء قبل الاقرار لا يقبل كذا فى خزانة المفتين بحر (قوله الا فى المسألة المخمسة) كأودعنيه فلان او آجرنيه او ارتهنته أوغصبته منه او قال أخذت هذه الارض مزارعة من فلان او هذا الكرم معاملة منه سميت مخمسة لان فيه خمسة اقوال قال فى البحر وهذه مخمسة كتاب الدعوى لان صورها خمسة وديعة واجارة واعارة ورهن وغصب أولان فيه خمسة اقوال للعلماء الاول ما فى الكتاب وهو أنه تندفع خصومة المدعى لان البينة اثبتت أن يده ليست يد خصومة وهو قول أبى حنيفة الثانى قول أبى يوسف واختاره فى المختارات المدّعى عليه ان كان صالحا فكما قال الامام وان معروفا بالجبر لم تندفع عنه لانه قد يدفع ماله الى مسافر يرده اياه ويشهد فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه به القاضى لا يقبله الثالث قول محمد ان الشهود اذا قالوا نعرفه بوجهه فقط لا تندفع فعنده لابد من معرفته بالوجه والاسم والنسب وفى البزازية تعويل الائمة على قول محمد وفى العمادية لو قالوا نعرفه باسمه ونسبه لا بوجهه لم يذكر فى شئ من الكتب وفيه قولان وعند الامام لابد أن يقول نعرفه باسمه ونسبه وتكفى معرفة الوجه واتفقوا على انهم لو قالوا اودعه رجل لا نعرفه لم تندفع الرابع قول أبى شبرمة انها لا تندفع عنه مطلقا لانه تعذر اثبات الملك لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيآن ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامة البينة على الطلاق الخامس قول ابن أبى ليلى تندفع بدون بينة لاقراره بالملك للغائب وقلنا انه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد أن يحوّل حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما لو ادّعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره اه (قوله كما سيجئ) فى فصل رفع الدعاوى من كتاب الدعوى ح (قوله قبل برهانه) انظر لو برهن على ايفاء البعض فقد صارت حادثة الفتوى (قوله فى فصل الاستشراء) وفيه فوائد جمة فراجعه والاستشراء طلب شراء شئ (قوله ان لم يصالحه) محل هذه المسألة عند قوله ومن ادّعى على آخر مالا قال فى البحر وقيد بكون المدعى عليه لم يصالح لسكوته عنه والاصل العدم أما اذا أنكر فصالحه على شئ ثم برهن على الايفاء أو الابراء لم تسمع دعواه كذا فى الخلاصة ح (قوله وكانه الخ) من كلام صاحب المنح (قوله فأين) الواقع فى المنح فأنى (قوله وان زاد) اى على قوله فيما تقدم مالك علىّ شئ (قوله وقيل) ذكره القدورى عن اصحابنا بحر (قوله لان المحتجب) اى من الرجال والمحتجب من لا يتولى الاعمال بنفسه وقيل من لا يراه كل احد لعظمته بحر (قوله حتى لو كان) اى المدّعى عليه فرّع هذا على ذلك القول فى النهاية تبعا لقاضى خان وفى ايضاح الاصلاح وفيه نظر لان مبنى امكان التوفيق على أن يكون أحدهما ممن لا يتولى الاعمال بنفسه لا المدّعى عليه بخصوصه انتهى ودفعه ظاهر لان الكلام كله فى تناقض المدّعى عليه لا المدّعى بحر (قوله نعم لو ادّعى الخ) قال فى الدرر عن القنية المدّعى عليه قال للمدّعى لا اعرفك فلما اثبت الحق بالبينة ادّعى الايصال لا تسمع ولو ادّعى اقرار المدّعى بالوصول أو الايصال تسمع اه قال فى البحر لان المتناقض هو الذى يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعى عيانا لم يكن متناقضا ذكره التمرتاشى انتهى وتمامه فيه وهو أحسن مما علل به الشارح وبه ظهر أن قول الشارح اقرار المدّعى عليه صوابه المدّعى الآن يقرأ المدّعى بصيغة المبنى للفاعل تأمل (قوله لان الاقرار الخ)

فيه

(ادّعى على آخر أنه باعه امته) منه (فقال) الآخر (لم ابعهامنك قط فبرهن) المدّعى (على الشراء) منه (فوجد) المدّعى (بها عيبا) وأراد ردّها (فبرهن البائع انه) اى المشترى (برئ اليه من كل عيب بها لم تقبل) بينة البائع للتناقض وعن الثانى تقبل لامكان التوفيق ببيع وكيله وابرائه عن العيب ومنه واقعة سمرقند ادّعت انه نكحها بكذا وطالبته بالمهر فانكر ٣٦٥ فبرهنت فادّعى انه خلعها على المهر تقبل لاحتمال

أنه زوّجه أبوه وهو صغير ولم يعلم خلاصة (يبطل) جميع (صك) اى مكتوب (كتب ان شاء الله فى آخره) وقالا آخره فقط وهو استحسان راجح على قوله فتح واتفقوا على أن الفرجة كفاصل السكوت وعلى انصرافه للكل فى جمل عطفت بواو واعقبت بشرط وأما الاستثناء بالا وأخواتها فللاخير الا لقرينة كله مائة درهم وخمسون دينارا الا درهما فللاوّل استحسانا وأما الاستثناء بان شاء الله بعد جملتين ايقاعيتين فالبهما اتفاقا وبعد طلاقين معلقين او طلاق معلق وعتق معلق فاليهما عند الثالث وللاخير عند الثانى ولو بلا عطف أو به بعد سكوت فللاخير اتفاقا وعطفه بعد سكوته لغو الا ان فيه تشديدا على نفسه وتمامه فى البحر (مات ذمى فقالت عرسه اسلمت بعد موته وقالت ورثته قبله صدّقوا) تحكيما للحال (كما) يحكم الحال (فى مسألة) جريان (ماء الطاحونة) ثم الحال انما تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق (كما فى مسلم مات فقالت عرسه) الذمية (اسلمت قبل موته) فارثه (وقالوا بعده) فالقول لهم لان الحادث يضاف لاقرب اوقاته (فرع) وقع الاختلاف فى كفر الميت واسلامه فالقول لمدّعى الاسلام بحر (قال المودع) بالفتح (هذا ابن مودعى) بالكسر (الميت لا وارث له غيره دفعها اليه) وجوبا كقوله هذا ابن دائنى قيد بالوارث لانه لو أقرّ أنه وصيه او وكيله او المشترى منه لم يدفعها

فيه أن الاقرار بالبيع اقرار بركنيه لانه مبادلة مال بمال الا أن يحمل على انه أقرّ بالبيع بلا مال تأمل قال فى المبسوط شهدا على اقرار البائع ولم يسميا الثمن ولم يشهدا بقبض الثمن لا تقبل وان قالا أقرّ عندنا انه باعه منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن جاز وفى مجمع الفتاوى شهدا انه باع وقبض الثمن جاز وان لم يبينوا الثمن وكذا لو شهدا باقرار البائع انه باعه وقبض الثمن اه وقال فى الخلاصة شهدوا على البيع بلا بيان الثمن ان شهدوا على قبض الثمن تقبل وكذا لو بين احدهما وسكت الآخر اه نور العين فى أوائل الفصل السادس وانظر ماسنذكره فى كتاب الشهادة وفى باب الاختلاف فيها (قوله امته منه) لا حاجة الى قوله منه لان ضمير باعه يغنى عنه ح (قوله اى المشترى) الاصوب اى البائع كما فى البحر (قوله للتناقض) لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضى وجود العقد وقد أنكره بخلاف مامرّ لان الباطل قد يقضى ويبرأ منه دفعا للدعوى الباطلة وهذا ظاهر الرواية عن الكل بحر (قوله ببيع وكيله) اى وكيل البائع (قوله وابرائه عن العيب) من اضافة المصدر الى مفعوله وهو ضمير الوكيل والفاعل المشترى الخ وعلى ما قلنا مضاف الى فاعله والضمير لوكيله وهو المفهوم من عبارة البحر فقوله اوّلا لم ابعها منك قط اى مباشرة وقوله انه برئ اليه اى الى وكيله (قوله فأنكر) اى بأن قال لا نكاح بيننا كما فى البحر عن جامع الفصولين ولو قال لا نكاح بينى وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع تقبل بينته ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط أو قال لم أتزوجها قط والباقى بحاله ينبغى أن يكون هذا ومسألة العيب وفى ظاهر الرواية لا تقبل بينة البراءة عن العيب لانها اقرار بالبيع فكذا الخلع يقتضى سابقة النكاح فيتحقق التناقض اه (قوله راجح على قوله) اذ الاصل فى الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل كان مبطلا له فيكون ضد مقصوده فينصرف الى ما يليه ضرورة كذا فى التبيين ح (قوله فى جمل) اى قولية والا نافى ما قبله وفى البحر والحاصل انهم اتفقوا على أن المشيئة اذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله الحرام ان شاء الله ينصرف الى الكل فبطل الكل فبنى ابو حنيفة على حكمه وهما اخرجا صورة كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة للعادة وعليها يحمل الحادث ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله كذا فى فتح القدير وظاهره أن الشرط ينصرف الى الجميع وان لم يكن بالمشيئة انتهى (قوله بشرط) اى سواء كان الشرط هو المشيئة اوغيرها كما صرّح به فى البحر ح والظاهر أن هذا خاص بالاقرار لما سيأتى بعده من قوله وأما الاستثناء الخ تأمل (قوله ايقاعيتين) اى منجزتين ليس فيهما تعليق بقرينة المقابلة نحو أنت طالق وهذا حرّ ان شاء الله تعالى ح (قوله او به بعد سكوت) اى اذا كان السكوت بين الجملة الاخيرة وبين ما قبلها (قوله الا ان فيه تشديدا) فلو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وسكت ثم قال وهذه الاخرى دخلت الثانية فى اليمين بخلاف وهذه الدار الاخرى ولو قال وهذه طالقة ثم سكت وقال وهذه طلقت الثانية وكذا فى العتق بحر كذا فى الهامش (قوله تحكيما للحال) اى لظاهر الحال (قوله كما الخ) ليست هذه المسألة موجودة فيما كتب عليه المصنف (قوله جريان الخ) لا وجه لتخصيص الجريان بل الانقطاع كذلك فكان الاولى حذفه (قوله ثم الحال انما تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق) فان قيل هذا منقوض بالقضاء بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لانه استدلال بالحال لاثبات الاجر قلنا انه استدلال لدفع ما يدّعى المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا يعقوبية وفى الهامش عن البحر فلو مات مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة اليه وأما الورثة فهم الدافعون ويظهر لهم ظاهر الحدوث أيضا اه (قوله كما فى مسلم الخ) تمثيل للمنفى وهو الاستحقاق وحاصله انما كان القول لهم هنا أيضا لما سيأتى ولا يمكن أن يكون لها بناء على تحكيم الحال لانه لا يصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة اليه (قوله لمدّعى الاسلام) فلو مات رجل وأبواه ذميان فقالا مات ابننا كافرا وقال ولده المسلمون مات مسلما فميراثه للولد دون الابوين بحر عن الخزانة (قوله مودعى) قال فى البحر قيد باقراره

بالبنوة لانه لو قال هذا أخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضى يتأنى فى ذلك والفرق أن استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال ومراده بالابن من يرث بكل حال فالبنت والاب والام كالابن وكل من يرث بحال دون حال فهو كالاخ بحر (قوله زيلعى) وهو الصواب كما فى الفتح خلافا لما فى غاية البيان (قوله تركة قسمت الخ) قال فى آخر الفصل الثانى عشر من جامع الفصولين رامزا الى الاصل الوارث لو كان محجوبا بغيره كجد وجدة وأخ واخت لا يعطى شيأ ما لم يبرهن على جميع الورثة اى اذا ادعى أنه أخو الميت فلا بد أن يثبت ذلك فى وجه جميع الورثة الحاضرين أو يشهدا أنهما لا يعلمان وارثا غيره ولو قالا لا وارث له غيره تقبل عندنا الا عند ابن أبى ليلى لانهما جازفا ولنا العرف فان مراد الناس به لا نعلم له وارثا غيره وهذه شهادة على النفى فقبلت لما مرّ من أنها تقبل على الشرط ولو نفيا وهنا كذلك لقيامها على شرط الارث ولو كان الوارث ممن لا يحجب بأحد فلو شهدا أنه وارثه ولم يقولا لا وارث له غيره اولا نعلمه يتلوم القاضى زمانا رجاء أن يحضر وارث آخر فان لم يحضر يقضى له بجميع الارث ولا يكفل عند أبى حنيفة فى المسألتين يعنى فيما اذا قالا لا وارث له غيره اولا نعلمه وعندهما يكفل فيهما ومدة التلوم مفوّضة الى رأى القاضى وقيل حول وقيل شهر وهذا عند أبى يوسف وأما أحد الزوجين لو أثبت الوراثة ببينة ولم يثبت انه لا وارث له غيره فعند أبى حنيفة ومحمد يحكم لهما بأكثر النصيبين بعد التلوم وعند أبى يوسف بأقلهما وله الربع ولها الثمن اه ملخصا وان تلوم ومضى زمانه فلا فرق بين كونه ممن يحجب كالاخ او ممن لا يحجب كالابن كما فى البزازية من العاشر فى النسب والارث وانظر ما سيأتى قبيل باب الشهادة على الشهادة (قوله كذا نسخ المتن) يعنى باسقاط لا والحق ثبوتها كما فى سائر الكتب ح (قوله لم يكفلوا) مبنى للمجهول مضعف العين والواو للورثة او الغرماء أى لا يأخذ القاضى منهم كفيلا ح قال فى الدرر اى لم يؤخذ منه كفيل بالنفس عند الامام وقالا يؤخذ اه وهذا ظاهر فى انه على قولهما يؤخذ كفيل بالنفس ثم رأيته لتاج الشريعة ابو السعود عن شيخه ولم يره فى البحر فتوقف فى أنها بالمال أو بالنفس (قوله لجهالة) علة لقوله لم يكفلوا كذا فى الهامش (قوله ويتلوم) اى يتأنى والمراد تأخير القضاء لا تأخير الدفع بعده كما أفاده فى البحر عن غاية البيان والمسألة على وجوه ثلاثة فارجع الى البحر وسيأتى شئ منها قبيل الشهادة على الشهادة (قوله مدة) وقدر مدته مفوّض الى رأى القاضى وقدره الطحاوى بحول وعلى عدم التقدير حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث اولا غريم له آخر (قوله ثبت بالاقرار) اى الارث والدين وهو محترز قوله بشهود (قوله ذلك) اى قالوا لا نعلم له وارثا او غريما ح كذا فى الهامش (قوله ادعى) قال فى جامع الفصولين من الرابع ادعى عليهما أن الدار التى بيدكما ملكى فبرهن على احدهما فلو الدار فى يد أحدهما بارث فالحكم عليه حكم على الغائب اذ أحد الورثة ينتصب خصما عن البقية ولو لم يكن كل الدار بيده لا يكون قضاء على الغائب بل يكون قضاء بما فى يد الحاضر على الحاضر ولو بيد أحدهما بشراء لا يكون الحكم على احدهما حكما على الآخر انتهى (قوله جحد ذو اليد الخ) هذا التعميم غير صحيح بعد قوله وبرهن عليه لان البرهان يستلزم سبق الجحد والصواب أن يبدل قوله وبرهن عليه بقوله وثبت ذلك فيشمل الثبوت بالاقرار وبالبينة وحينئذ يسقط قوله جحد دعواه أو لم يجحد ح ويجاب بأن هذا التعميم راجع الى قوله وترك باقيه أشار به الى الخلاف فافهم (قوله خلافا لهما) حيث قالا ان جحد ذو اليد يؤخذ منه ويجعل فى يد أمين لخيانته بجحوده والا ترك فى يده (قوله خصما للميت) الاصوب عن الميت قال فى الهامش ناقلا عن البحر انما ينتصب خصما عن الباقى بثلاثة شروط كون العين كلها فى يده وأن لا تكون مقسومة وأن يصدق الغائب على أنها ارث عن الميت المعين انتهى (قوله والحق الخ) لا ارتباط له بما قبله لان ما قبله فى انتصاب أحد الورثة خصما للميت وهذا الفرق فى انتصاب أحدهم خصما فيما عليه قال فى البحر وكذا ينتصب أحدهم فيما عليه مطلقا ان كان دينا وان كان فى دعوى عين فلا بد من كونها فى يده ليكون قضاء على الكل وان كان البعض فى يده نفذ بقدره كما صرح به فى الجامع الكبير وظاهر ما فى الهداية والنهاية والعناية انه لا بد من كونها كلها فى يده فى دعوى الدين أيضا وصرح فى فتح القدير بالفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو اه وفى حاشية أبى السعود عن شيخه ووجه الفرق بينهما أن حق الدائن شائع فى جميع التركة بخلاف مدعى العين اه (قوله والعين) حيث لا ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقى فى دعوى العين الا اذا كانت

(فان أقر) ثانيا (بابن آخر له لم يفد) اقراره (اذا كذبه) الابن (الاول) لانه اقرار على الغير ويضمن للثانى حظه ان دفع للاول بلا قضاء زيلعى (تركة قسمت بين الورثة او الغرماء بشهود لم يقولوا نعلم) كذا نسخ المتن والشرح وعبارة الدرر وغيرها لا نعلم (له وارثا او غريما لم يكفلوا) خلافا لهما لجهالة المكفول له ويتلوم القاضى مدة ثم يقضى ولو ثبت بالاقرار كفلوا اتفاقا ولو قال الشهود ذلك لا اتفاقا (ادعى) على آخر (دارا لنفسه ولاخيه الغائب) ارثا (وبرهن عليه) على ما ادعاه (أخذ) المدعى (نصف المدعى) مشاعا (وترك باقيه فى يد ذى اليد بلا كفيل جحد) ذو اليد (دعواه اولم يجحد) خلافا لهما وقولهما استحسان نهاية ولا تعاد البينة ولا القضاء اذا حضر الغائب فى الاصح لانتصاب أحد الورثة خصما للميت حتى تقضى منها ديونه ثم انما يكون خصما بشروط تسعة مبسوطة فى البحر والحق الفرق بين الدين والعين

(ومثله) اى العقار (المنقول) فيما ذكر (فى الاصح) درر لكن اعتمد فى الملتقى انه يؤخذ منه اتفاقا ومثله فى البحر قال وأجمعوا على أنه لا يؤخذ لومقرا (اوصى له بثلث ماله يقع) ذلك (على كل شئ) لانها اخت الميراث (ولوقال مالى اوما املكه صدقة فهو على) جنس (مال الزكاة) استحسانا (وان لم يجد غيره امسك منه) قدر (قوته فاذا ملك) غيره (تصدق بقدره) فى البحر قال ان فعلت كذا فما أملكه صدقة فحيلته أن يبيع ملكه من رجل بثوب فى منديل ويقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم يرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شئ ولوقال ألف درهم من مالى صدقة ان فعلت كذا ففعله وهو يملك اقل لزمه بقدر ما يملك ولو لم يكن له شئ لا يجب شئ (وصح الايصاء بلاعلم الوصى) فصح تصرفه (لا) يصح (التوكيل بلاعلم وكيل) والفرق أن تصرف الوصى خلافة والوكيل نيابة (فلو علم) الوكيل بالتوكيل (ولومن) مميز او (فاسق صح تصرفه ولا يثبت عزله الا بـ) اخبار (عدل) اوفاسق ان صدقه عناية (اومستورين اوفاسقين) فى الاصح (كاخبار السيد بجناية عبده) فلو باعه كان مختارا للفداء (والشفيع) بالبيع (والبكر) بالنكاح (والمسلم الذى لم يهاجر) بالشرائع وكذا الاخبار بعيب لمريد شراء وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولى وقف فهى عشرة يشترط فيها أحد شطرى الشهادة لالفظها (ويشترط سائر الشروط فى الشاهد) وقيده فى البحر بالعزل القصدى وبما اذا لم يصدقه وبكون المخبر غير المرسل ورسوله فانه يعمل بخبره مطلقا كما سيجىء فى بابه (باع قاض اوأمينه) وان لم يقل جعلتك امينا فى بيعه على الصحيح ولوالجية (عبدا لـ) دين (الغرماء وأخذ المال فضاع)

فى يده ولا يشترط فى دعوى الدين كون جميع التركة فى يده حتى ينتصب خصما عن الباقى خلافا لما فى الهداية والنهاية والعناية ح (قوله لومقرا) اى كالعقار (قوله مالى أوما أملكه الخ) ظاهره دخول الدين أيضا وحكى فى القنية قولين واعتمد فى وصايا الوهبانية الدخول ونقل السائحانى عن المقدسى لاشك أن الدين تجب فيه الزكاة ويصير مالا عند الاستيفاء لكن فى البحر عن الخانية عدم الدخول وهو مقتضى قولهم ان الدين ليس بمال حتى لوحلف أن لامال له وله دين على الناس لم يحنث ونقل ابن الشحنة عن ابن وهبان أن فى حفظه من الخانية رواية الدخول ح (قوله جنس مال الزكاة) اى جنس كان بلغت نصابا اولا عليه دين مستغرق اولا بحر (قوله تصدق بقدره) اى بقدر ما أمسك لان حاجته مقدمة فيمسك اهل كل صنعة قدر كفايته الى أن يتجدد له شئ فتح (قوله فحيلته) اى ان أراد أن يفعل ولا يحنث (قوله ثم يفعل ذلك) اى المحلوف عليه (قوله فلا يلزمه شئ) قال العلامة المقدسى ومنه يعلم أن المعتبر الملك حين الحنث لاحين الحلف انتهى أقول ويعلم منه أن المشترى باسم المفعول بخيار الرؤية لايدخل فى ملكه حتى يراه ويرضى به قاله الشيخ أبو الطيب مدنى والمسألة تحتاج الى المراجعة وما نقله عن البحر عزاه فى البحر الى الولوالجية فى الحيل آخر الكتاب وتمامه فيها حيث قال وان كان له ديون على الناس يتصالح عن تلك الديون مع رجل بثوب فى منديل ثم يفعل ذلك ويرد الثوب بخيار الرؤية فيعود الدين ولا يحنث انتهى (قوله فصح تصرفه) لايخفى أن من حكم الوصى أنه لا يملك عزل نفسه بعد القبول حقيقة اوحكما وظاهر ما هنا تبعا للكنز أنه يصير وصيا قبل التصرف وليس كذلك بل انما يصير بعده كما نبه عليه فى البحر ولذا قال فى نور العين مات وباع وصيه قبل علمه بوصايته وموته جاز استحسانا ويصير ذلك قبولا منه للوصاية ولا يملك عزل نفسه فكان على الشارح أن يقول ان تصرفه قبله بدل قوله فصح تصرفه فتنبه (قوله بلاعلم وكيل) فلو باع الوصى شيأ من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل قبل العلم بها لم يجز بحر اى فيكون بيع الفضولى فلم يجزه موكله اوالوكيل بعد علمه بها كما فى نور العين من الثالث والعشرين وفى البزازية عن الثانى خلافه وفى البحر أما اذا علم المشترى بالوكالة واشترى منه ولم يعلم البائع الوكيل كونه وكيلا بالبيع بأن كان المالك قال للمشترى اذهب بعبدى الى زيد فقل له حتى يبيعه بوكالته عنى منك فذهب به اليه ولم يخبره بالتوكيل فباعه هو منه يجوز وتمامه فيه (قوله أوفاسق) اى اذا صدقه الوكيل حتى لوكذبه لا يثبت فعلى هذا لافرق بين الوكالة والعزل لان فى العزل أيضا اذا صدقه ينعزل كذا فى غاية البيان يعقوبية (قوله فى الاصح) خلافا لما فى الكنز حيث قيد بالمستورين فان ظاهره أنه لا يقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف لان تأثير خبرهما أقوى من تأثير خبر العدل بدليل أنه لوقضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة عدلين نفذ كما فى البحر عن الفتح ونقله فى المنح ايضا (قوله وعزل قاض) ذكره فى البحر بحثا (قوله شطرى الشهادة) اى العدد أو العدالة وفى الحواشى السعدية أقول فيه اشارة الى أن العدالة لا تشترط فى العدد وان قوله عدل صفة رجل قال فى التلويح وهو الاصح (قوله ويشترط) اى فى المخبر (قوله سائر الشروط) اى مع العدد أو العدالة على قول الامام الاعظم فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبى وان وجد العدد أو العدالة وقل من نبه على هذا (قوله فى الشاهد) اى المشروطة فى الشاهد (قوله القصدى) احترازعما اذا كان حكميا كموت الموكل فانه يثبت وينعزل قبل العلم ح (قوله اذا لم يصدقه) أما اذا صدقه قبل ولوفاسقا بحر وقدمر (قوله غير المرسل) الذى فى البحر غير الخصم ورسوله (قوله ورسوله) فلا يشترط فيه العدالة حتى لوأخبر الشفيع المشترى بنفسه وجب الطلب اجماعا والرسول يعمل بخبره وان كان فاسقا صدقه اوكذبه بحر وتمامه فيه (قوله وان لم الخ) بأن قال له بع هذا العبد فقط (قوله على الصحيح) اعلم أن أمين القاضى هو من يقول له القاضى جعلتك أمينا فى بيع هذا العبد أما اذا قال بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ والصحيح أنه لا يلحقه عهدة ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده كما فى البحر معزيا الى شرح التلخيص للفارسى أقول والمسألة مذكورة هكذا فى الفتاوى الولوالجية منح (قوله الغرماء) اى أرباب الديون لم يذكر الوارث مع أنهما سواء فاذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ان كان وصى الميت وان كان القاضى أوأمينه هو العاقد رجع على المشترى كما ذكره الزيلعى لان ولاية البيع للقاضى اذا كانت التركة قد أحاط بها الدين

ثمنه عند القاضى (واستحق العبد) اوضاع قبل تسليمه (لم يضمن) لان امين القاضى كالقاضى والقاضى كالامام وكل منهم لا يضمن بل ولا يحلف بخلاف نائب الناظر (ورجع المشترى على الغرماء) لتعذر الرجوع على العاقد (ولو باعه الوصى لهم) اى لاجل الغرماء (بأمر القاضى) او بلا أمره (فاستحق) العبد (اومات قبل القبض) للعبد من الوصى (وضاع) الثمن (رجع المشترى على الوصى) لانه وان نصبه القاضى عاقد انيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه (وهو يرجع على الغرماء) لانه عامل لهم ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم فيه بدينه هو الاصح (اخرج القاضى الثلث للفقراء ولم يعطهم اياه حتى هلك كان) الهالك (من مالهم) اى الفقراء (والثلثان للورثة) لما مر (أمرك قاض) عدل (برجم اوقطع) فى سرقة (اوضرب) فى حد (قضى به) بما ذكر (وسعك فعله) لوجوب طاعة ولى الامر ومنعه محمد حتى يعاين الحجة واستحسنوه فى زماننا وفى العيون وبه يفتى الا فى كتاب القاضى للضرورة وقيل يقبل لو عدلا عالما (وان عدلا جاهلا ان استفسر فاحسن) تفسير (الشرائط صدق والالا

ولا يملك الوارث البيع بحر (قوله عند القاضى) او أمينه منح (قوله بخلاف) قيد لقوله ولا يحلف (قوله نائب الناظر) قال فى البحران نائب الامام كهو ونائب الناظر كهو فى قبول قوله فلو ادعى ضياع مال الوقف او تفريقه على المستحقين فانكروا فالقول له كالاصيل لكن مع اليمين وبه فارق أمين القاضى فانه لا يمين عليه كالقاضى اه منح (قوله ولو باعه الوصى) قال فى الشرنبلالية لا فرق فيه بين وصى الميت ومنصوب القاضى مدنى (قوله او بلا أمره) اى بطريق الاولى (قوله للعبد) وقول الدرر الثمن سبق قلم وصوابه المثمن (قوله وان نصبه القاضى) الاولى حذفه والاقتصار على قوله لانه عاقد نيابة عن الميت كما فى الهداية ليشمل وصى الميت قال فى الكفاية أما اذا كان الميت أوصى اليه فظاهر وأما اذا نصبه فكذلك لان القاضى انما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا مقام القاضى (قوله اليه) كما اذا وكله حال حياته (قوله ولو ظهر بعده الخ) فيه ايجاز مخل يوضحه ما فى فتح القدير فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشترى فيه خلاف قيل نعم وقال مجد الائمة السرخسى لا يأخذ فى الصحيح من الجواب لان الغريم انما يضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفى الكافى الاصح الرجوع لانه قضى بذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف فى التصحيح كما سمعت اه وقوله بما ضمن للمشترى يفيد أن الاختلاف فى المسألة الاولى لانه فى الثانية انما ضمن للوصى لا للمشترى لكن قال فى البحر وقيل لا يرجع به فى الثانية والاول اصح اه والحاصل أنه فى الاولى اختلف التصحيح فى الرجوع وفى الثانية الاصح عدمه فتنبه ووجدت فى نسخة رجع الغريم منه بدينه لا بما غرم هو الاصح قال ح وقيل يرجع بما غرم أيضا وصحح (قوله فيه) اى فى المال الذى ظهر للميت (قوله لما مر) متعلق بقوله كان الهالك من مالهم والمراد بما مر أن القاضى لا يضمن (قوله عدل) اى وعالم كذا قيده فى الملتقى وغيره مدنى وكذا قيده فى الكنز ولا بد منه هنا لمقابلته قوله وان عدلا جاهلا قال فى البحر وما ذكره المصنف قول الماتريدى وفى الجامع الصغير لم يعتبره بهما ثم رجع محمد فقال لا يؤخذ بقوله الا أن يعاين الحجة او يشهد بذلك مع القاضى عدل وبه أخذ مشايخنا اه وبهذا يظهر لك أن كلام المصنف ملفق من قولين لان عدم تقييده بالعدالة والعلم مبنى على ما فى الجامع الصغير والتفصيل بعده مبنى على قول الماتريدى وحينئذ فحيث قيده الشارح بقوله عدل يجب زيادة عالم أيضا فيكون على قول الماتريدى ويكون قوله بعد وقيل يقبل لو عدلا عالما مستدركا وحقه أن يقول وقيل يقبل ولو لم يكن عالما وهو ما فى الجامع الصغير (قوله ولى الامر) انظر ما قدمناه فى باب الامامة من كتاب الصلاة (قوله ومنعه محمد) هذا ما رجع اليه بعد الموافقة لهما ح (قوله حتى يعاين الحجة) زاد عليه بعض المشايخ أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وهو رواية عنه وقد استبعده فى فتح القدير بكونه بعيدا فى العادة وهو شهادة القاضى عند الجلاد والاكتفاء بالواحد على هذه الرواية فى حق يثبت بشاهدين وان كان فى زنى فلا بد من ثلاثة أخر كذا ذكره الاسبيجابى بحر (قوله وقيل يقبل لو عدلا عالما) دخول على المتن قصد به اصلاحه وذلك انه أطلق اولا القاضى ولم يقيده بالعدل العالم تبعا للجامع الصغير وهو ظاهر الرواية ثم ذكر التفصيل وهو على قول الماتريدى القائل باشتراط كونه عدلا عالما كما مشى عليه فى الكنز وان أردت زيادة الدراية فارجع الى الهداية وحيث كان مراد الشارح ذلك فكان الصواب أن يحذف قوله عدل فى اول المسألة فانه من الشرح على ما رأيناه واعلم أنه على رواية الجامع رجع محمد وقال لا حتى يعاين الحجة كما مر بيانه وأن عليه الفتوى وقال فى البحر لكن رأيت بعد ذلك فى شرح أدب القضاء للصدر الشهيد انه صح رجوع محمد الى قولهما قال والحاصل المفهوم من شرح الصدر أنهما قالا بقبول اخباره عن اقراره بشئ لا يصح رجوعه عنه مطلقا وأن محمدا اولا وافقهما ثم رجع عنه وقال لا يقبل الا بضم رجل آخر عدل اليه ثم صح رجوعه الى قولهما وأما اذا أخبر القاضى باقراره عن شئ يصح رجوعه عنه كالحد لم يقبل قوله بالاجماع وان اخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة وعدلوا وقبلت شهادتهم على ذلك تقبل فى الوجهين جميعا اه وضمير اقراره راجع الى الخصم هذا ولا يخفى عليك أن الكلام فى القاضى المولى وأما المعزول فلا يقبل ولو شهد معه عدل كما مر عن النهر اوائل كتاب القضاء (قوله ان استفسر الخ) بأن يقول فى حد الزنى انى استفسرت المقر بالزنى كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول فى حد السرقة

انه

وكذا) لايقبل قوله (لو) كان (فاسقا) عالما كان أو جاهلا للتهمة فالقضاة اربعة (الأأن يوابن الحجة) اى سببا شرعيا (صب دهنا لانسان عند الشهود) فادّعى مالكه ضمانه (وقال) الصاب (كانت) الدهن (نجسة وانكره المالك فالقول للصاب) لانكاره الضمان والشهود يشهدون على الصب لا على عدم النجاسة (ولو قتل رجلا وقال قتلته لردته او لقتله أبى لم يسمع) قوله لئلا يؤدى الى فتح باب العدوان فانه يقتل ويقول كان القتل لذلك وأمر الدم عظيم فلا يهمل بخلاف المال اقرار بزازية (صدق) قاض (معزول) بلا يمين (قال لزيد أخذت منك ألفا قضيت به (لبكرودفعته اليه او قال قضيت بقطع يدك فى حق وادعى زيد أخذه) الالف (وقطعه) اليد (ظلما واقر بكونهما) اى الاخذ والقطع (فى) وقت (قضائه) وكذا لو زعم فعله قبل التقليد أو بعد العزل ٣٦٩ فى الاصح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فيصدق الا أن يبرهن زيد على كونهما فى غير قضائه فالقاضى يكون مبطلا صدر شريعة

(فرع) نقل فى الاشباه عن بعض الشافعية اذا لم يكن للقاضى شئ فى بيت المال فله أخذ عشر ما يتولى من اموال اليتامى والاوقاف وفى الخانية للمتولى العشر فى مسألة الطاحونة .قلت لكن فى البزازية كل ما يجب على القاضى والمفتى لا يحل لهما أخذ الاجر به كنكاح صغير لانه واجب عليه وكجواب المفتى بالقول وأما بالكتابة فيجوز لهما على قدر كتبهما لان الكتابة لا تلزمهما وتمامه فى شرح الوهبانية وفيها

وليس له اجر وان كان قاسما
وان لم يكن من بيت مال مقرّرا
ورخص بعض لانعدام مقرّر
وفى عصرنا فالقول الاول ينصر
وجوز للمفتى على كتب خطه
على قدره اذ ليس فى الكتب يحصر

(كتاب الشهادات)

اخرها عن القضاء لانها كالوسيلة وهو المقصود (هى) لغة خبر قاطع وشرعا (اخبار صدق لاثبات حق) فتح قلت فاطلاقها على الزور مجاز كاطلاق اليمين على الغموس (بلفظ الشهادة فى مجلس القاضى) ولو بلا دعوى كما فى عتق الامة وسبب وجوبها طلب ذى الحق أو خوف فوت حقه بأن لم يعلم بها ذو الحق وخاف فوته لزمه أن يشهد بلا طلب فتح

انه ثبت عندى بالحجة انه أخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفى القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وانما يحتاج الى استفسار الجاهل لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا كفاية (قوله شرعيا) فيشمل الاقرار (قوله لانكاره الضمان) بالمثل لا بالقيمة شيخنا فلا يكون القول له الا فى أنها متنجسة فيضمن قيمتها متنجسة كما نقله ابو السعود عن الشيخ شرف الدين الغزى محشى الاشباه وعبارة الخانية قبيل كتاب القاضى من الشهادات القول قوله مع يمينه فى انكاره استهلاك الطاهر ولا يسع الشهود أن يشهدوا عليه أنه صب زيتا غير نجس وتمامه فيها فراجعها وهى أظهر مما هنا (قوله وكذا لو زعم الخ) اى المدّعى لكن لو أقرّ القاطع والآخذ فى هذا بما أقرّ به القاضى يضمنان لانهما أقرّا بسبب الضمان وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لا فى ابطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الاوّل لانه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ولو كان المال فى يد الآخذ قائما وقد أقرّ بما أقرّ به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى فى أنه فعله فى قضائه او لا يؤخذ منه لانه أقرّ أن اليد كانت له فلا يصدق فى دعوى التملك الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه بحر (قوله لانه أسند) اى القاضى (قوله الى حالة) فصار كما اذا قال طلقت او أعتقت وأنا مجنون وجنونه معهود بحر (قوله للضمان) اى من كل وجه كما زاده فى البحر أخذا مما فى المجمع قال فلا يرد ما لو قال المولى لامته بعد عتقها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت قطعتها وأنا حرة حيث يكون القول لها لانه أسند فعله الى حالة قد يجامعها الضمان فى الجملة لان كونها أمة له لا ينفى الضمان عنه من كل وجه ألا ترى أنه يضمن اذا كانت مرهونة أو مأذونة مديونة اه ملخصا وتمام التفاريع عليه فيه فراجعه (قوله فى الاشباه) وعبارتها قال فى بسط الانوار للشافعية من كتاب القضاء ما لفظه وذكر جماعة من اصحاب الشافعى وأبى حنيفة اذا لم يكن للقاضى شئ من بيت المال فله أخذ عشر ما يتولى من مال الايتام والاوقاف ثم بالغ فى الانكار اه ولم أر هذا لاصحابنا اه وما أحببت نقل الشارح العبارة على هذا الوجه لئلا يظن بعض المتهورين صحة هذا النقل مع أن الناقل بالغ فى انكاره كما ترى كيف وقد اختلفوا عندنا فى أخذه من بيت المال فما ظنك فى اليتامى والاوقاف (قوله والاوقاف) أقول زاد فى الاشباه قوله ثم بالغ فى الانكار الخ قال العلامة الشيخ خير الدين الرملى فى حاشيته على الاشباه ما نصه قوله ثم بالغ فى الانكار أقول يعنى على الجماعتين والمبالغة فى الانكار واضحة الاعتبار وذلك انه لو تولى على عشرين ألفا مثلا ولم يلحقه من المشقة فيها شئ ء اذا يستحق عشرها وهو مال اليتيم وفى حرمته جاءت القواطع فما هو الا بهتان على الشرع الساطع وظلمة غطت على بصائرهم فنعوذ بالله من غضبه الواقع ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم اه وقال بيرى زاده فى حاشيتها والصواب أن المراد من العشر أجر مثل عمله حتى لو زاد ردّ الزائد اه مدنى (قوله فى مسألة الطاحونة) اى اذا كان له عمل والذى فى الخانية من الوقف رجل وقف ضيعة على مواليه وقفا صحيحا فمات الواقف وجعل القاضى الوقف فى يد قيم وجعل للقيم عشر الغلات وفى الوقف طاحونة فى يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها الى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقبضون غلتها لا يجب للقيم عشر هذه الطاحونة لان القيم يأخذ ما يأخذ بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بدون العمل اه وهكذا فى التاترخانية ح

(كتاب الشهادات)

(قوله كاطلاق اليمين) فان حقيقة اليمين عقد يتقوى به عزم الحالف على الفعل او الترك فى المستقبل والغموس الحلف على ماض كذبا عمدا (قوله وخاف) اى الشاهد وقوله فوته اى الحق (قوله بلا طلب) نظر فيه المقدسى بأن الواجب فى هذا اعلام المدّعى بما يشهد فان طلب وجب عليه أن يشهد والا لا اذ يحتمل أنه ترك حقه ط

(شرطها) أحدوعشرون شرطا شرائط مكانها واحد وشرائط التحمل ثلاثة (العقل الكامل) وقت التحمل والبصر ومعاينة المشهود به الا فيما يثبت بالتسامع (و) شرائط الاداء سبعة عشر عشرة عامة وسبعة خاصة منها (الضبط والولاية) فيشترط الاسلام لو المدعى عليه مسلما (والقدرة على التميز) بالسمع والبصر (بين المدعى والمدعى عليه) ومن الشرائط عدم قرابة ولاد أو زوجية او عداوة دنيوية أو دفع مغرم أو جر مغنم كما سيجيء (وركنها لفظ اشهد) لا غير لتضمنه معنى مشاهدة وقسم واخبار للحال فكانه يقول اقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا اخبر به وهذه المعانى مفقودة فى غيره فتعين حتى لو زاد فيما اعلم بطل للشك (وحكمها وجوب الحكم على القاضى بموجبها بعد التزكية) بمعنى افتراضه فورا الا فى ثلاث قدمناها (فلو امتنع) بعد وجود شرائطها (اثم) لتركه الفرض (واستحق العزل) لفسقه (وعزر) لارتكابه [٢] مالا يجوز شرعا زيلعى (وكفر ان لم يرالوجوب) اى ان لم يعتقد افتراضه عليه ابن ملك وأطلق الكافيجى كفره واستظهر المصنف الاول (ويجب آداؤها بالطلب) ولو حكما كما مر لكن وجوبه بشروط سبعة مبسوطة فى البحر وغيره منها عدالة قاض وقرب مكانه وعلمه بقبوله او بكونه اسرع قبولا وطلب المدعى (لو فى حق العبد ان لم يوجد بدله) اى بدل الشاهد لانها فرض كفاية تتعين لو لم يكن الا شاهدان لتحمل او أداء وكذا الكاتب اذا تعين لكن له أخذ الاجرة لا للشاهد حتى لو أركبه بلا عذر لم تقبل وبه تقبل لحديث أكرموا الشهود وجوز الثانى الاكل مطلقا وبه يفتى بحر وأقره المصنف (و) يجب الاداء (بلا طلب لو) الشهادة (فى حقوق الله تعالى) وهى كثيرة عد منها فى الاشباه اربعة عشر قال ومتى أخر شاهد الحسبة شهادته بلا عذر فسق فترد (كطلاق امرأة) اى بائنا (وعتق امة) وتدبيرها وكذا عتق عبد وتدبيره شرح وهبانية وكذا الرضاع كما مر فى بابه

(قوله شرائط مكانها واحد) اى مجلس القضاء منح (قوله العقل الكامل وقت التحمل) المراد ما يشمل التميز بدليل ما سيأتى فى الباب الآتى (قوله عشرة عامة) اى فى جميع انواع الشهادة أما العامة فهى الحرية والبصر والنطق والعدالة لكن هى شرط وجوب القبول على القاضى لا شرط جوازه وأن لا يكون محدودا فى قذف وأن لا يجر الشاهد الى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما فلا تقبل شهادة الفرع لاصله وعكسه وأحد الزوجين للآخر وأن لا يكون خصما فلا تقبل شهادة الوصى لليتيم والوكيل لموكله وأن يكون عالما بالمشهود به وقت الاداء ذاكرا له ولا يجوز اعتماده على خطه خلافا لهما وأما ما يخص بعضها فالاسلام ان كان المشهود عليه مسلما والذكورة فى الشهادة فى الحد والقصاص وتقدم الدعوى فيما كان من حقوق العباد وموافقتها للدعوى فان خالفتها لم تقبل الا اذا وفق المدعى عند امكانه وقيام الرائحة فى الشهادة على شرب الخمر ولم يكن سكران لا لبعد مسافة والاصالة فى الشهادة فى الحدود والقصاص وتعذر حضور الاصل فى الشهادة على الشهادة كذا فى البحر لكنه ذكر أولا أن شرائط الشهادة نوعان ما هو شرط تحملها وما هو شرط أدائها فالاول ثلاثة وقد ذكرها الشارح والثانى أربعة انواع ما يرجع الى الشاهد وما يرجع الى الشهادة وما يرجع الى مكانها وما يرجع الى المشهود به وذكر أن ما يرجع الى الشاهد السبعة عشر العامة والخاصة وما يرجع الى الشهادة ثلاثة لفظ الشهادة والعدد فى الشهادة بما يطلع عليه الرجل واتفاق الشاهدين وما يرجع الى مكانها واحد وهو مجلس القضاء وما يرجع الى المشهود به علم من السبعة الخاصة ثم قال فالحاصل أن شرائطها احدى وعشرون فشرائط التحمل ثلاثة وشرائط الاداء سبعة عشر منها عشرة شرائط عامة ومنها سبعة شرائط خاصة وشرائط نفس الشهادة ثلاثة وشرائط مكانها واحد اه ومقتضاه أن شرائط الاداء نوعان لا أربعة كما ذكر اولا والصواب أن يقول انها أربعة وعشرون ثلاثة منها شرائط التحمل واحدى وعشرون شرائط الاداء منها سبعة عشر شرائط الشاهد وهى عشرة عامة وسبعة خاصة ومنها ثلاثة شرائط لنفس الشهادة ومنها واحد شرط مكانها وبهذا يظهر لك ما فى كلام الشارح أيضا (قوله أشهد) فلو قال شهدت لا يجوز لان الماضى موضوع للاخبار عما وقع فيكون غير مخبر فى الحال س (قوله لتضمنه) اى باعتبار الاشتقاق (قوله معنى مشاهدة) وهى الاطلاع على الشئ عيانا (قوله وقسم) لانه قد استعمل فى القسم نحو أشهد بالله لقد كان كذا اى أقسم س (قوله للحال) ولا يجوز شهدت لان الماضى موضوع للاخبار عما وقع (قوله فتعين الخ) فلهذا اقتصر عليه احتياطا واتباعا للمأثور ولا يخلو عن معنى التعبد اذ لم ينقل غيره كما بسطه فى البحر (قوله حتى لو زاد فيما أعلم الخ) فلو قال أشهد بكذا فيما أعلم لم تقبل كما لو قال فى ظنى بخلاف ما لو قال أشهد بكذا قد علمت ولو قال لا حق لى قبل فلان فيما اعلم لا يصح الابراء ولو قال لفلان على ألف درهم فيما اعلم لا يصح الاقرار ولو قال المعدل هو عدل فيما اعلم لا يكون تعديلا بحر (قوله ثلاث) خوف ريبة ورجاء صلح أقارب واذا استمهل المدعى س (قوله قدمناها) اى قبيل باب التحكيم ح (قوله ان لم يرالوجوب) نقله فى اول قضاء البحر عن شرح الكنز لباكير (قوله واطلق الكافيجى) اى فى رسالته سيف القضاة على البغاة حيث قال حتى لو أخر الحكم بلا عذر عمدا قالوا انه يكفر (قوله كما مر) هو قوله او خوف فوت حقه (قوله وقرب مكانه) فان كان بعيدا بحيث لا يمكنه أن يغدو الى القاضى لاداء الشهادة ويرجع الى اهله فى يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه ضرر بذلك قال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد بحر (قوله ان لم يوجد بدله) هذا هو خامس الشروط وأما الاثنان الباقيان فهما أن لا يعلم بطلان المشهود به وأن لا يعلم أن المقر أقر خوفا ح (قوله اخذ الاجرة) لينظر مع ما تقدم من قوله كل ما يجب على القاضى والمفتى لا يحل لهما أخذ الاجر به وليس خاصا بهما بدليل ما ذكروه من أن غاسل الاموات اذا تعين لا يحل له أخذ الاجر فتأمل (قوله بلا عذر) بأن كان لهم قوة المشى أو مال يستكرون به الدواب (قوله وبه) اى بالعذر كذا فى الهامش (قوله مطلقا) اى سواء صنعه لاجلهم اولا ومنعه محمد مطلقا وبعضهم فصل (قوله أربعة عشر)

[٢] قوله ولم يكن سكران لا لبعد مسافة هكذا فى النسخة المجموع منها ولا يخلو عن تأمل وليحرر اه مصححه

قدمناها

قدمناها فى الوقف ح (قوله حسبة) متعلق بالجرح لابالشاهد ح قال فى الاشباه تقبل شهادة الحسبة بلادعوى فى طلاق المرأة وعتق الامة والوقف وهلال رمضان وغيره الاهلال الفطر والاضحى والحدود الاحد القذف والسرقة واختلفوا فى قبولها بلادعوى فى النسب كما فى الظهيرية من النسب وجزم بالقبول ابن وهبان فى تدبير الامة وحرمة والخلع والايلاء والظهار ولاتقبل فى عتق العبد بدون دعوى عنده خلافا لهما واختلفوا على قوله فى الحرية الاصلية والمعتمد لا اه وفى الظهيرية اذا شهد اثنان على امرأة أن زوجها طلقها ثلاثا او على عتق أمة وقالا كان ذلك فى العام الماضى جازت شهادتهما وتأخيرهما الايوهن شهادتهما قيل وينبغى أن يكون ذلك وهنا فى شهادتهما اذا علما انه يمسكها امساك الزوجات والاماء لان الدعوى ليست شرطا لقبول هذه الشهادة فاذا أخروها صار وافسقة اه كذا فى الهامش (فرع) فى المجتبى عن الفضلى تحمل الشهادة فرض على الكفاية كأدائها والالضاعت الحقوق وعلى هذا الكاتب الا انه يجوز له أخذ الاجرة على الكتابة دون الشهادة فيمن تعينت عليه باجماع الفقهاء وكذا من لم تتعين عليه عندنا وهو قول للشافعى وفى قول يجوز لعدم تعينه عليه اه شلبى اه ط (قوله ثمانية عشر) اى بزيادة عتق العبد وتدبيره والرضاع والجرح وأما طلاق المرأة وعتق الامة وتدبيرها فمن الاربعة عشر ح (قوله الا فى الوقف) يعنى اذا ادعى الموقوف عليه أصل الوقف تسمع عند البعض والمفتى به عدم سماعها الا بتولية كما تقدم فى الوقف ح (قوله والاولى أن يقول الخ) فيه اشارة الى أن المراد ستر أسباب الحدود منهوات ابن كمال (قوله ونصابها) لم يقل وشرطها اى كما قال فى الكنز لما سيأتى أن المرأة ليست بشرط فى الولادة واختيها ابن كمال (قوله اربعة رجال) فلا تقبل شهادة النساء (قوله ابن زوجها) اى اذا كان الاب مدعيا قال فى البحر اعلم انه يجوز أن يكون من الاربعة ابن زوجها وحاصل ماذكره فى المحيط البرهانى أن الرجل اذا كان له امرأتان ولاحداهما خمس بنين فشهد أربعة منهم على اخيهم انه زنى بامرأة ابيهم تقبل الا اذا كان الاب مدعيا او كانت امهم حية اه (قوله فأعتقه) اى حكم بعتقه (قوله لوارثه) بأن لم يكن له وارث غيره والا لوارثه (قوله والقود) شمل القود فى النفس والعضو وقيد به لما فى الخانية ولو شهد رجل وامرأتان بقتل الخطا او بقتل لا يوجب القصاص تقبل شهادتهم وقوله بخلاف الانثى اى فانه يقبل على اسلامها شهادة رجل وامرأتين بل فى المقدسى لو شهد نصرانيان على نصرانية أنها أسلمت جاز وتجبر على الاسلام قلت وينبغى فى النصرانى كذلك فيجبر ولا تقبل ورأيته فى الولوالجية انتهى سائحانى وانظر لم يقل كذلك فى شهادة رجل وامرأتين على اسلامه لكنه يعلم بالاولى وصرح به فى البحر عن المحيط عند قوله والذمى على مثله وانظر مامر فى باب المرتد عن الدرر (قوله ومنه) اى من القود ح (قوله لقتله) اى ان أصر على كفره (قوله بخلاف الانثى) فانها لا تقتل فتقبل شهادة رجل وامرأتين فلذا قيد بذكر (قوله رجلان) فى البحر لو قضى بشهادة رجل وامرأتين فى الحدود والقصاص وهو يراه او لا يراه ثم رفع الى قاض آخر أمضاه وفى الخانية رجل قال ان شربت الخمر فعلى كى حر فشهد رجل وامرأتان أنه شرب به عتق العبد ولا يحد السيد وعلى قياس هذا ان سرقت والفتوى على قول أبى يوسف فيهما كذا فى الهامش (قوله الا المعلق فيقع) يعنى ما علق على شئ مما يوجب الحد أو القود لا يشترط فيه رجلان بل يثبت برجل وامرأتين وان كان المعلق عليه لا يثبت بذلك قاله فى البحر (قوله كما مر) اى قريبا (قوله وللولادة) لم يذكرها فى الاصلاح قال لان شهادة امرأة واحدة على الولادة انما تكفى عندهما خلافا له على مامر فى باب ثبوت النسب وأما شهادتهما على الاستهلال فتقبل بالاجماع فى حق الصلاة انما قلنا فى حق الصلاة لان فى حق الارث لا تقبل عنده خلافا لهما اه (قوله عندهما) قيد للارث وأما فى حق الصلاة فتقبل اتفاقا كما فى المنح (قوله وعيوب النساء) اى كما لو اشترى جارية فادعى أن بها قرنا او رتقا لكن ذكر فى المنح فى باب خيار العيب عند قوله ادعى اباقا ان مالا يعرفه الا النساء يقبل فى قيامه للحال قول امرأة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولها بل لا بد من تحليف البائع وان كان قبله فكذلك عند محمد وعند ابى يوسف يرد بقولهن بلا يمين البائع اه وفى الفتح قبيل باب خيار الرؤية ان الاصل أن القول لمن تمسك بالاصل وان شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تأيدت بمؤيد والا تعتبر لتوجه الخصومة لا لالزام الخصم ثم ذكر أنه لو اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فى بكارتها يريها القاضى النساء فان قلن بكر

قوله وحرمة هكذا فى النسخة المجموع منها وانظر ما معناه ولعله محرف عن حرية وليحرر اه مصححه

وهل يقبل جرح الشاهد حسبة الظاهر نعم لكونه حقا لله تعالى اشباه فبلغت ثمانية عشر وليس لنا مدعى حسبة الا فى الوقف على المرجوح فليحفظ (وسترها فى الحدود أبر) لحديث من ستر ستر فالاولى الكتمان الا لمتهتك بحر (و) الاولى أن (يقول) الشاهد (فى السرقة أخذ) احياء للحق (لا سرق) رعاية للستر (ونصابها للزنى أربعة رجال) ليس منهم ابن زوجها ولو علق عتقه بالزنى وقع برجلين ولا حد ولو شهدا بعتقه ثم أربعة بزناه محصنا فأعتقه القاضى ثم رجمه ثم رجع الكل ضمن الاولان قيمته لمولاه والاربعة ديته له أيضا لو وارثه (ولبقية الحدود والقود و) منه (اسلام كافر ذكر) لما كها لقتله بخلاف الانثى بحر (و) مثله (ردة مسلم رجلان) الا المعلق فيقع ولا يحد كما مر (وللولادة واستهلال الصبى للصلاة عليه) وللارث عندهما والشافعى واحمد وهو أرجح فتح (والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه الرجال امرأة) حرة مسلمة والثنتان احوط

والاصح قبول رجل واحد خلاصة وفى البرجندى عن الملتقط ان المعلم اذا شهد منفردا فى حوادث الصبيان تقبل شهادته اه فليحفظ
(و) نصابها (لغيرها من الحقوق سواء كان) الحق (مالا او غيره كنكاح وطلاق ووكالة ووصية واستهلال صبى) ولو (للارث رجلان) الا فى حوادث
صبيان المكتب فانه يقبل فيها شهادة المعلم منفردا قهستانى عن التجنيس (اورجل وامرأتان) ولا يفرق بينهما لقوله تعالى فتذكر احداهما
الاخرى ولا تقبل شهادة اربع بلا رجل لئلا يكثر خروجهن وخصهن الائمة الثلاثة بالاموال وتوابعها (ولزم فى الكل) من المراتب الاربع (لفظ
اشهد) بلفظ المضارع بالاجماع وكل مالا يشترط فيه هذا اللفظ كطهارة ماء ورؤية هلال فهو اخبار لا شهادة (لقبولها والعدالة لوجوبه)
فى الينابيع العدل من لم يطعن عليه فى بطن ٣٧٢ ولا فرج ومنه الكذب لخروجه من البطن (لا لصحته) خلافا للشافعى رضى الله تعالى
عنه (فلو قضى بشهادة فاسق نفذ) واثم فتح (الا أن يمنع منه) اى من القضاء بشهادة الفاسق (الامام فلا) ينفذ لما مر انه يتأقت ويتقيد بزمان ومكان وحادثة وقول معتمد حتى لا ينفذ قضاؤه بأقوال ضعيفة وما فى القنية والمجتبى من قبول ذى المروءة الصادق فقول الثانى بحر وضعفه الكمال بأنه تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل وأقره المصنف (وهى) ان (على حاضر يحتاج) الشاهد (الى الاشارة الى) ثلاثة مواضع اعنى (الخصمين والمشهود به لو عينا) لا دينا (وان على غائب) كما فى نقل الشهادة (او ميت فلابد) لقبولها (من [٢] نسبته الى جده فلا يكفى ذكر اسمه واسم أبيه وصناعته الا اذا كان يعرف بها) اى بالصناعة (لا محالة) بأن لا يشاركه فى المصر غيره (فلو قضى بلا ذكر الجد نفذ) فالمعتبر التعريف لا تكثير الحروف حتى لو عرف باسمه فقط او بلقبه وحده كفى جامع الفصولين وملتقط (ولا يسأل عن شاهد بلا طعن من الخصم الا فى حد وقود وعندهما يسأل فى الكل) ان جهل بحالهم بحر (سرا وعلنا به يفتى) وهو اختلاف زمان لانهما كانا فى القرن الرابع ولو اكتفى بالسر جاز مجمع وبه يفتى سراجية

[٢] قوله اى لصحة القاضى هكذا فى الاصل ولعل الاصوب لصحة القضاء تأمل اه مصححه

لزم المشترى لان شهادتهن تأيدت بأن الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لانها حجة قوية لم تتأيد بمؤيد لكن تثبت الخصومة ليتوجه اليمين على البائع فيحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر فان نكل ردت عليه والا فلا اه ملخصا (قوله رجل واحد) قال فى المنح وأشار بقوله فيما لا يطلع عليه الرجال الى أن الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا قال تعمدت النظر أما اذا شهد بالولادة وقال فاجأتها فاتفق نظرى عليها تقبل شهادته اذا كان عدلا كما فى المبسوط اه (قوله لغيرها) اى لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليها الرجال منح فشمل القتل خطأ والقتل الذى لا قصاص فيه لان موجبه المال وكذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى رملى عن الخانية وتمامه فيه (قوله ولو للارث) فى بعض النسخ لو بلا واو والظاهر حذفها تأمل وقوله للارث اى عند الامام قال فى المنح والعتاق والنسب (قوله الا فى حوادث الخ) مكرر مع ما تقدم (قوله فتذكر احداهما الاخرى) حكى أن ام بشر شهدت عند الحاكم فقال الحاكم فرقوا بينهما فقالت ليس لك ذلك قال الله تعالى أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى فسكت الحاكم كذا فى الملتقط بحر (قوله وتوابعها) كالاجل وشرط الخيار (قوله لفظ أشهد) قال فى اليعقوبية والعراقيون لا يشترطون لفظ الشهادة فى شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فيجعلونها من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح ما فى الكتاب لانه من باب الشهادة ولهذا اشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما اه (قوله لوجوبه) اى لوجوب القضاء على القاضى منح (قوله العدل) قال فى الذخيرة وأحسن ما قيل فى تفسير العدالة أن يكون مجتنبا للكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطائه اه فتال (قوله لا لصحته) اى لصحة القاضى يعنى نفاذه منح (قوله بشهادة فاسق نفذ) قال فى جامع الفتاوى وأما شهادة الفاسق فان تحرى القاضى الصدق فى شهادته تقبل والا فلا اه فتال وفى الفتاوى القاعدية هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ درر اول كتاب القضاء وظاهر قوله وهو مما يحفظ اعتماده اه (قوله بحر) الذى فى البحر أنه رواية عن الثانى (قوله النص) وهو قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وأجبنا عنه اول القضاء (قوله يحتاج الشاهد الخ) (فرع) فى البزازية كتب شهادته فقرأها بعضهم فقال الشاهد أشهد أن لهذا المدعى على هذا المدعى عليه كل ما سمى ووصف فى هذا الكتاب او قال هذا المدعى الذى قرئ ووصف فى هذا الكتاب فى يد هذا المدعى عليه بغير حق وعليه تسليمه الى هذا المدعى يقبل لان الحاجة تدعو اليه لطول الشهادة ولعجز الشاهد عن البيان اه (قوله او بلقبه) وكذا بصفته كما أفتى به فى الحامدية فيمن يشهد أن المرأة التى قتلت فى سوق كذا يوم كذا فى وقت كذا قتلها فلان تقبل بلا بيان اسمها وأبيها حيث كانت معروفة لم يشاركها فى ذلك غيرها (قوله جامع الفصولين) اى فى الفصل التاسع (قوله يسأل) اى وجوبا وليس بشرط للصحة عندهما كما وضحه فى البحر وفيه ومحل السؤال عن قولها عند جهل القاضى بحالهم ولذا قال فى الملتقط القاضى اذا عرف الشهود بجرح او عدالة لا يسأل عنهم اه (قوله به يفتى) مرتبط بقوله وعندهما يسأل فى الكل قال فى البحر والحاصل انه ان طعن الخصم سأل عنهم فى الكل والا سأل فى الحدود والقصاص وفى غيرها محل الاختلاف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما فى هذا الزمان كذا فى الهداية انتهى فكان ينبغى للمصنف أن يقدمه على قوله سرا وعلنا لئلا يوهم خلاف المراد فانه سينقل أن الفتوى الاكتفاء بالسر وجزم به ابن الكمال فى متنه وذكر فى البحر أن ما فى الكنز خلاف المفتى به وبه ظهر أن ما يفعل فى زماننا من الاكتفاء بالعلانية خلاف المفتى به بل فى البحر لابد من تقديم تزكية السر على العلانية لما فى الملتقط عن ابى يوسف لا أقبل تزكية العلانية حتى يزكى فى السر اه فتنبه (قوله الرابع) والامام فى القرن الثالث الذى

شهد له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيرية (قوله هو عدل) اى وجائز الشهادة قال فى الكافى ثم قيل لابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة اذ العبد والمحدود فى القذف اذا تاب قد يعدل والاصح أن يكتفى بقوله هو عدل لثبوت الحرية بالدار كذا فى الهامش لكن فى البحر واختار السرخسى انه لا يكتفى بقوله هو عدل لان المحدود فى قذف بعد التوبة عدل غير جائز الشهادة وينبغى ترجيحه اهـ وفى الهامش قوله قول المزكى الخ او يكتب فى ذلك القرطاس تحت اسمه هو عدل ومن عرف فى الفسق لا يكتب شيأ احترازا عن الهتك او يكتب الله اعلم درر (قوله الحرية) مخالف لما نقل فى بعض الشروح عن الجامع الكبير من أن الناس أحرار الا فى الشهادة والحدود والقصاص كما لا يخفى فليتأمل بعقوبة لكن ذكر فى البحر عن الزيلعى أن هذا محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق كما قيده القدورى اهـ (قوله بالمحدود) اى قولهم الاصل فيمن كان فى دار الاسلام الحرية بمفهوم الموافقة المسمى بدلالة النص جواب عن النقض بالمحدود فى القذف الوارد على ما تقدم فان العدالة لا تستلزم عدم الحد فى القذف واتعادل بمفهوم الموافقة لان الاصل فيمن كان فى دار الاسلام عدم الحد فى القذف أيضا فهو مساو ح (قوله والتعديل) اى التزكية (قوله من الخصم) اى المدعى عليه والمدعى بالاولى وأطلقه فشمل ما اذا عدله المدعى عليه قبل الشهادة أو بعدها كما فى البزازية ويحتاج الى تأمل فانه قبل الدعوى لم يوجد منه كذب فى انكاره وقت التعديل وكان الفسق الطارئ على المعدل قبل القضاء كالمقارن بحر (قوله لم يصلح) اى لم يصلح مزكيا قال فى الهامش لان من زعم المدعى وشهوده أن المدعى عليه كاذب فى الانكار وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح هذا عند الامام وعندهما تصح ان كان من أهله بأن كان عدلا لكن عند محمد لابد من ضم آخر اليه (قوله عن الاشباه) اى قبيل التحكيم من أن الامام لو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له الخ (قوله فى مثل البيع) ولابد من بيان الثمن فى الشهادة على الشراء وسنوضحه فى باب الاختلاف فراجعه (قوله ولو بالتعاطى) وفيه يشهدون بالاخذ والاعطاء ولو شهدوا بالبيع جاز بحر عن البزازية وفيه عن الخلاصة رجل حضر بيعا ثم احتيج الى الشهادة للمشترى يشهد له بالملك بسبب الشراء ولا يشهد له بالملك المطلق اهـ وفيه ولابد من بيان الثمن فى الشهادة على الشراء لان الحكم بالشراء بثمن مجهول لا يصح كما فى البزازية وانظر ما سيأتى وما مر وفى الهامش عن الدرر ويقول أشهد أنه باع او أشهد أنه أقر لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد ظاهرا وان كان بالتعاطى فكذلك لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمى لا حقيقى اهـ (قوله والاقرار) بأن يسمع قول المقر لفلان على كذا درر كذا فى الهامش (قوله ولو بالكتابة) فى البحر عن البزازية ما ملخصه اذا كتب اقراره بين يدى الشهود ولم يقل شيأ لا يكون اقرارا فلا تحل الشهادة به ولو كان مصدرا مرسوما وان لغائب على وجه الرسالة على ما عليه العامة لان الكتابة قد تكون للتجربة وفى حق الاخرس يشترط أن يكون معنونا مصدرا وان لم يكن الى الغائب وان كتب وقرأ عند الشهود مطلقا أو قرأه غيره وقال الكاتب اشهدوا على به او كتبه عندهم وقال اشهدوا على بما فيه كان اقرارا والا فلا وبه ظهر أن ما هنا خلاف ما عليه العامة لكن جزم به فى الفتح وغيره (قوله وان لم يشهد عليه) لو قال المؤلف ولو قال لا تشهد على بدل قوله وان لم يشهد عليه لكان أفود لما فى الخلاصة لو قال المقر لا تشهد على بما سمعت تسعه الشهادة اهـ فيعلم حكم ما اذا سكت بالاولى بحر وفيه واذا سكت يشهد بما علم ولا يقول أشهدنى لانه كذب (قوله غيره) انظر عبارة البحر (قوله فسر) اى بأنه شاهد على المحجب (قوله شخصها) فى الملتقط اذا سمع صوت المرأة ولم ير شخصها فشهد اثنان عنده أنها فلانة لا يحل له أن يشهد عليها وان رأى شخصها وأقرت عنده فشهد اثنان أنها فلانة حل له أن يشهد عليها بحر اهـ من اول الشهادات واحترز برؤية شخصها عن رؤية وجهها قال فى جامع الفصولين حسرت عن وجهها وقالت أنا فلانة بنت فلان بن فلان وهبت لزوجى مهرى فلا يحتاج الشهود الى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان ما دامت حية اذ يمكن الشاهد أن يشير اليها فان ماتت فحينئذ يحتاج الشهود الى شهادة عدلين بنسبها (قوله وعليه الفتوى) ومقابله يقول لابد من شهادة جماعة ولا يكفى الاثنان ذكر الفقيه ابو الليث عن نصير بن يحيى قال كنت عند أبى سليمان فدخل ابن محمد بن الحسن فسأله عن الشهادة على المرأة متى تجوز اذا لم يعرفها قال كان

(وكفى فى التزكية) قول المزكى (هو عدل فى الاصح) لثبوت الحرية بالدار درر بمعنى الاصل فيمن كان فى دار الاسلام الحرية فهو بعبارته جواب عن النقض بالعبد وبدلالته جواب عن النقض بالمحدود ابن كمال (والتعديل من الخصم الذى لم يرجع اليه فى التعديل لم يصلح) فلو كان ممن يرجع اليه فى التعديل صح بزازية والمراد بتعديله تزكيته بقوله هم عدول زاد لكنهم اخطأوا او نسوا أو لم يزد (و) أما (قوله صدقوا او هم عدول صدقة) فانه (اعتراف بالحق) فيقضى باقراره لا بالبينة عند الجحود اختيار وفى البحر عن التهذيب يحلف الشهود فى زماننا لتعذر التزكية اذ المجهول لا يعرف المجهول وأقره المصنف ثم نقل عنه عن الصيرفية تفويضه للقاضى قلت ولا تنس ما مر عن الاشباه (و) الشاهد (له ان يشهد بما سمع اورآى فى مثل البيع) ولو بالتعاطى فيكون من المرئى (والاقرار) ولو بالكتابة فيكون مرئيا (وحكم الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد عليه) ولو مختفيا يرى وجه المقر ويفهمه (ولا يشهد على محجب بسماعه منه الا اذا تبين القائل) بأن لم يكن فى البيت غيره لكن لو فسر لا تقبل درر (اويرى شخصها) اى القائلة (مع شهادة اثنين بأنها فلانة بنت فلان ابن فلان) ويكفى هذا للشهادة على الاسم والنسب وعليه الفتوى جامع الفصولين

(فرع) فى الجواهر عن محمد لا ينبغى للفقهاء كتب الشهادة لان عند الاداء يبغضهم المدعى عليه فيضره (واذا كان بين الخطين) بأن اخرج المدعى خط اقرار المدعى عليه فأنكر كونه خطه فاستكتب فكتب وبين الخطين (مشابهة ظاهرة) على انهما خط كاتب واحد (لا يحكم عليه بالمال) هو الصحيح خانية وان افتى قارئ الهداية بخلافه فلا يعول عليه وانما يعول على هذا التصحيح لان قاضى خان من أجل من يعتمد على تصحيحاته كذا ذكره المصنف هنا وفى كتاب الاقرار واعتمده فى الاشباه لكن فى شرح الوهبانية لو قال هذا خطى لكن ليس على هذا المال ان كان الخط على وجه الرسالة مصدرا معنونا لا يصدق ويلزم بالمال ونحوه فى الملتقط وفتاوى قارئ الهداية فراجع ذلك (ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) وقيده فى النهاية بما اذا سمعه فى غير مجلس القاضى فلو فيه جاز وان لم يشهده شرنبلالية عن الجوهرة ويخالفه تصوير صدر الشريعة وغيره وقولهم لا بد من التحميل وقبول التحميل وعدم النهى بعد التحميل على الاظهر نعم الشهادة بقضاء القاضى صحيحة وان لم يشهدهما القاضى عليه وقيده ابو يوسف بمجلس القضاء وهو الاحوط ذكره فى الخلاصة (كفى) عدل (واحد) فى اثنى عشر مسألة على ما فى الاشباه منها اخبار القاضى بافلاس المحبوس بعد المدة و (للتزكية) اى تزكية السر وأما تزكية العلانية فشهادة اجماعا (وترجمة الشاهد) والخصم (والرسالة) من القاضى الى المزكى والاثنان احوط وجاز تزكية عبد وصبى ووالد وقد نظم ابن وهبان منها أحد عشر فقال

ويقبل عدل واحد فى تقوم
وجرح وتعديل وأرش يقدر
وترجمة والسلم هل هو جيد
وافلاسه الارسال والعيب يظهر

ابو حنيفة يقول لا تجوز حتى يشهد عنده جماعة أنها فلانة وكان ابو يوسف وأبو ليلى يقولان يجوز اذا شهد عنده عدلان أنها فلانة وهو المختار للفتوى وعليه الاعتماد لانه أيسر على الناس اهـ واعلم انهما كما احتاجا للاسم والنسب للمشهود عليه وقت التحمل يحتاجان عند أداء الشهادة الى من يشهد أن صاحبة الاسم والنسب هذه وذكر الشيخ خير الدين أنه يصح التعريف ممن لا تقبل شهادته لها سواء كانت الشهادة عليها اولها سائحانى بزيادة من البحر وغيره (قوله لان عند الخ) اسم أن ضمير الشأن محذوفا والجملة بعده خبرها (قوله فيضره) اى يضر المدعى عليه بغضه للفقيه (قوله واذا كان بين الخطين الخ) وفى الباقانى عن خزانة الاكمل صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار واهل البلد ثم مات فجاء غريمه يطلب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه حكم بذلك فى تركته ان ثبت أنه خطه وقد جرت العادة بين الناس أن مثله حجة وهذا مشكل لكونها شهادة على الخط وهنا لم يعتبروا هذا الاشتباه ووجهه لا ينهض وسيجىء وقدم الشارح أنه لا يعمل بالخط الا فى مسألتين يعمل بكتاب اهل الحرب بطلب الامان كما فى سير الخانية ويلحق به البراآت السلطانية بالوظائف فى زماننا الثانية يعمل بدفتر السمسار والصراف والبياع كما فى قضاء الخانية اهـ كذا فى الهامش (قوله ظاهرة) ضمنه معنى دالة فعداه بعلى أو متعلقة ببدل محذوفا اولفظ على بمعنى فى (قوله لا يصدق) هذا خلاف ما عليه العامة كما قدمناه عن البحر (قوله وفتاوى قارئ الهداية) عبارتها سئل اذا كتب شخص ورقة بخطه أن فى ذمته لشخص كذا ثم ادعى عليه فجحد المبلغ واعترف بخطه ولم يشهد عليه أجاب اذا كتب على رسم الصكوك يلزم المال وهو أن يكتب يقول فلان بن فلان الفلانى ان فى ذمته لفلان بن فلان الفلانى كذا وكذا فهو اقرار يلزم به وان لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اهـ ثم أجاب عن سؤال آخر نحوه بقوله اذا كتب اقراره على الرسم المتعارف بحضرة الشهود فهو معتبر فيسع من شاهد كتابته أن يشهد عليه اذا جحده اذا عرف الشاهد ما كتب اوقرأه عليه أما اذا شهدوا أنه خطه من غير أن يشاهدوا كتابته لا يحكم بذلك اهـ وحاصل الجوابين أن الحق يثبت باعترافه بأنه خطه اوبالشهادة عليه بذلك اذا عاينوا كتابته اواقراره عليهم والا فلا وهذا اذا كان معنونا ثم لا يخفى أن هذا لا يخالف ما فى المتن نعم يخالف ما فى البحر عن البزازية فى تعليل المسألة بقوله لانه لا يزيد على أن يقول هذا خطى وأنا حررته لكن ليس على هذا المال وثمة لا يجب كذا هنا وقد يوفق بينهما بحمله على ما اذا لم يكن معنونا لكن هو قول القاضى النسفى كما فى البزازية وقد قدمنا انه خلاف ما عليه العامة (قوله ما لم يشهد عليه) اى ما لم يقل له الشاهد اشهد على شهادتى (قوله تصوير صدر الشريعة) حيث قال سمع رجل أداء الشهادة عند القاضى لم يسع له أن يشهد على شهادته ح (قوله وقولهم) عطف على تصوير ووجه المخالفة الاطلاق وعدم تقييد الاشتراط بما اذا كانت عند غير القاضى (قوله وقبول التحميل) فلو أشهده عليها فقال لا اقبل لا يصير شاهدا حتى لو شهد بعد ذلك لا يقبل قنية وينبغى أن يكون هذا على قول محمد من انه توكيل وللوكيل أن لا يقبل وأما على قولهما من انه تحميل فلا يبطل بالرد لان من حمل غيره شهادة لم تبطل بالرد بحر (قوله بعد المدة) اى بعد أن حبسه القاضى مدة يعلم من حاله انه لو كان له مال لقضى دينه ولم يصبر على ذل الحبس كما تقدم مدنى (قوله فشهادة اجماعا) الاحسن ما فى البحر حيث قال وقيدنا بتزكية السر للاحتراز عن تزكية العلانية فانه يشترط لها جميع ما يشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك الا لفظ الشهادة اجماعا لان معنى الشهادة فيها اظهر فانها تختص بمجلس القضاء وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله الخصاف اهـ وفى البحر أيضا وخرج من كلامه تزكية الشاهد بحد الزنى فلا بد فى المزكى فيها من اهلية الشهادة والعدد الاربعة اجماعا ولم أر الآن حكم تزكية الشاهد بقية الحدود ومقتضى ما قالوه اشتراط رجلين لها اهـ (قوله والخصم) اى المدعى اوالمدعى عليه كما فى الفتح (قوله الى المزكى) وكذا من المزكى الى القاضى فتح (قوله وجاز تزكية الخ) وكذا تزكية المرأة والاعمى بخلاف ترجمتهما كما فى البحر (قوله ووالد) لولده زاد فى البحر وعكسه والعبد لمولاه وعكسه والمرأة والاعمى والمحدود فى قذف اذا تاب وأحد الزوجين للآخر (قوله تقوم) اى تقوم الصيد والمتلفات (قوله هو جيد) اى المسلم فيه كذا فى الهامش (قوله وافلاسه) يعنى اذا اخبر القاضى بافلاس المحبوس بعد مضى مدة الحبس اطلقه حموى على الاشباه كذا فى الهامش (قوله والعيب يظهر) اى فى اثبات العيب

الذي يختلف فيه البائع والمشترى (قوله على مامرّ) اى من رواية الحسن من قبول خبر الواحد بلا علة (قوله وموت) اى موت الغائب (قوله يخبر) اى اذا شهد عدل عند رجلين على موت رجل وسعهما أن يشهدا على موته والثانية عشر قول أمين القاضى اذا اخبره بشهادة شهود على عين تعذر حضورها كما فى دعوى القنية اشباه مدنى (قوله وفى الملتقط الخ) وفى الخانية صبى احتلم لا اقبل شهادته مالم اسأل عنه ولا بدّ أن يتأنى بعد البلوغ بقدر ما يقع فى قلوب أهل مسجده ومحلته كما فى الغريب انه صالح اوغيره اهـ وفرق فى الظهيرية بينهما بأن النصرانى كان له شهادة مقبولة قبل اسلامه بخلاف الصبى وهو يدل على أن الاصل عدم العدالة بحر (قوله ولم يذكرها) وهذا قولهما وقال ابو يوسف يحل له أن يشهد وفى الهداية محمد مع أبى يوسف وقيل لا خلاف بينهم فى هذه المسألة انهم متفقون على انه لا يحل له أن يشهد فى قول اصحابنا جميعا الا أن يتذكر الشهادة وانما الخلاف بينهم فيما اذا وجد القاضى شهادة فى ديوانه لانّ ما فى قمطره تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة فى الصك لانها فى يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذى كانت فيه الشهادة او أخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وأنت كذا فى الهداية وفى البزدوى الصغير اذا استيقن انه خطه وعلم انه لم يزد فيه شئ بأن كان مخبوءا عنده وعلم بدليل آخر انه لم يزد فيه لكن لا يحفظ ما سمع فعندهما لا يسعه أن يشهد وعند أبى يوسف يسعه وما قاله أبو يوسف هو المعمول به وقال فى التقويم قولهما هو الصحيح جوهرة (قوله عن المبتغى) قدمنا فى كتاب القاضى عن الخزانة انه يشهد وان لم يكن الصك فى يد الشاهد لانّ التغيير نادر واثره يظهر فراجعه ورجح فى الفتح ما ذكره الشارح وذكر له حكاية تؤيده (قوله الا فى عشرة) كلها مذكورة هنا متنا وشرحا آخرها قول المتن ومن فى يده شئ ح وفى الطبقات السنية للتميمى فى ترجمة ابراهيم بن اسحق من نظمه

افهم مسائل ستة واشهد بها * من غير رؤياها وغير وقوف
نسب وموت والولاد ونا كح * وولاية القاضى وأصل وقوف اهـ

(قوله والنسب) قال فى فتاوى قارئ الهداية ولو أن رجلا نزل بين ظهرانى قوم وهم لا يعرفونه وقال أنا فلان ابن فلان قال محمد رضى الله عنه لا يسعهم أن يشهدوا على نسبه حتى يلقوا من أهل بلده رجلين يشهدان عندهم على نسبه قال الخصاف وهو الصحيح اهـ كذا فى الهامش (قوله والموت) قال فى الثانى عشر من جامع الفصولين شهد أحد العدلين بموت الغائب والآخر بحياته فالمرأة تأخذ بقول من يخبر بموته وتمامه فيه اهـ كذا فى الهامش وفيه اذا لم يعاين الموت الا واحد لا يقضى به وحده ولكن لو أخبر به عدلا مثله فاذا سمع منه حل له أن يشهد بموته فيشهدان فيقضى جامع الفصولين وفيه ولو جاء خبر بموت رجل من أرض اخرى وصنع اهله ما يصنع على الميت لم يسغ لاحد أن يشهد بموته الا من شهد موته او سمع من شهد موته لان مثل هذا الخبر قد يكون كذبا جامع الفصولين اهـ (قوله والنكاح) قال فى جامع الفصولين الشهادة بالسماع من الخارجين من بين جماعة حاضرين فى بيت عقد النكاح بأن المهر كذا يقبل لا ممن سمع من غيرهم اهـ كذا فى الهامش (قوله وولاية القاضى) ويزاد الوالى كما فى الخلاصة والبزازية (قوله وشرائطه) المراد من الشرائط أن يقولوا ان قدرا من الغلة لكذا ثم يصرف الفاضل الى كذا بعد بيان الجهة بحر (قوله كما مرّ) اى فى كتاب الوقف وقدمنا هنالك تحقيقه (قوله عدلين) يعنى ومن فى حكمهما وهو عدل وعدلتان كما فى الملتقى (قوله الا فى الموت) قال فى جامع الفصولين شهدا أن أباه مات وتركه ميراثا له الا انهما لم يدركا الموت لا تقبل لانهما شهدا بملك للميت بسماع لم تجز اهـ (قوله ومن فى يده الخ) فى عدّ هذه من العشرة نظر ذكره فى الفتح والبحر (قوله علم رقه) صوابه لم يعلم رقه كما هو ظاهر لمن تأمل مدنى (قوله لك أن تشهد الخ) قال فى البحر ثم اعلم أنه انما يشهد بالملك لذى اليد بشرط أن لا يخبره عدلان بأنه لغيره فلو أخبره لم تجز له الشهادة بالملك كما فى الخلاصة اهـ (قوله ذلك) قال فى الشرنبلالية اذا رأى انسان درة ثمينة فى يد كناس اوكتابا فى يد جاهل ليس فى آبائه من هو أهل لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفى اهـ مدنى (قوله اذا ادّعاه) أشار الى التوفيق بينه وبين ما فى الزيلعى كما اوضحه فى البحر (او بمعاينة اليد) اى بأن يقول لانى رأيته فى يده يتصرف فيه تصرف الملاك جامع الفصولين وفى الظهيرية من الشهرة الشرعية أن يشهد عنده

وصوم على مامرّ أو عند علة

وموت اذا الشاهدين يخبر

(والتزكية للذمى) تكون (بالامانة فى دينه ولسانه ويده وانه صاحب يقظة) فان لم يعرفه المسلمون سألوا عنه عدول المشركين اختيار وفى الملتقط عدّل نصرانى ثم اسلم قبلت شهادته ولو سكر الذمى لا تقبل (ولا يشهد من رأى خطه ولم يذكرها) اى الحادثة (كذا القاضى والراوى) لمشابهة الخط للخط وجوّزاه لو فى حوزه وبه نأخذ بحر عن المبتغى (ولا) يشهد أحد (بما لم يعاينه) بالاجماع (الا فى) عشرة على ما فى شرح الوهبانية منها العتق والولاء عند الثانى والمهر على الاصح بزازية و(النسب والموت والنكاح والدخول) بزوجته (وولاية القاضى واصل الوقف) وقيل وشرائطه على المختار كما مرّ فى بابه (و) اصله (هو كل ما تعلق به صحته وتوقف عليه) والا فمن شرائطه (فله الشهادة بذلك اذا اخبره بها) بهذه الاشياء (من يثق) الشاهد (به) من خبر جماعة لا يتصوّر تواطؤهم على الكذب بلا شرط عدالة او شهادة عدلين الا فى الموت فيكفى العدل ولو انثى وهو المختار ملتقى وفتح وقيده شارح الوهبانية بأن لا يكون المخبر متهما كوارث وموصى له (ومن فى يده شئ سوى رقيق) علم رقه و(يعبر عن نفسه) والا فهو كمتاع فـ(لك أن تشهد) به (أنه له ان وقع فى قلبك ذلك) اى انه ملكه (والا لا) ولو عاين القاضى ذلك جاز له القضاء به بزازية اى اذا ادّعاه المالك والا لا (وان فسر) الشاهد (للقاضى ان شهادته بالتسامع او بمعاينة اليد ردّت) على الصحيح

(الا في الوقف والموت اذا) فسرا وقالا فيه اخبرنا من نثق به) تقبل (على الاصح) خلاصة بل في العزمية عن الخانية معنى التفسير أن يقولا شهدنا لانا سمعنا من الناس أما لو قالا لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا جازت في الكل وصححه شارح الوهبانية وغيره انتهى

(باب القبول وعدمه)

اى من يجب على القاضي قبول شهادته ومن لا يجب لا من يصح قبولها او لا يصح لصحة الفاسق مثلا كما حققه المصنف تبعا ليعقوب باشا وغيره (تقبل من اهل الاهواء) اى اصحاب بدع لا تكفر كجبر وقدر ورفض وخروج وتشبيه وتعطيل وكل منهم اثنا عشر فرقة فصاروا اثنين وسبعين (الا الخطابية) صنف من الروافض يرون الشهادة لشيعتهم ولكل من حلف انه محق فردهم لا لبدعتهم بل لتهمة الكذب ولم يبق لمذهبهم ذكر بحر (و) من (الذمي) لو عدلا في دينهم جوهرة (على مثله) الا في خمس مسائل على ما في الاشباه وتبطل باسلامه قبل القضاء وكذا بعده لو بعقوبة كقود بحر (وان اختلفا ملة) كاليهود والنصارى (و) الذمي (على المستأمن لا عكسه) ولا مرتد على مثله في الاصح (وتقبل منه على) مستأمن (مثله مع اتحاد الدار) لان اختلاف داريهما يقطع الولاية كما يمنع التوارث (و) تقبل (من عدو بسبب الدين) لانها من التدين بخلاف الدنيوية فانه لا يأمن من التقول عليه كما سيجيء وأما الصديق لصديقه فتقبل الا اذا كانت الصداقة متناهية بحيث يتصرف كل في مال الآخر فتاوى المصنف معزيا لمعين الحكام

عدلان او رجل وامرأتان بلفظ الشهادة من غير استشهاد ويقع في قلبه أن الامر كذلك اهـ ومثله في جامع الفصولين (قوله على الاصح) انظر ما كتبناه في كتاب الوقف في فصل يراعى شرط الواقف نقلا عن مجموعة شيخ مشايخنا منلا على فانه صحح عدم القبول تعويلا على ما في عامة المتون وغيرها وأن ما في المتون مقدم على الفتاوى وبه افتى الرملي ومفتى دار السلطنة على افندى (قوله خلاصة) كتبت فيما مر تأييده. (قوله سمعنا من الناس الخ) قال في الخانية شهدنا بذلك لانا سمعنا من الناس لا تقبل شهادتهم أقول بقي لو قال أخبرني من اثق به وظاهر كلام الشارح أنه ليس من التسامع لكن في البحر عن الينابيع أنه منه ولو شهدا على موت رجل فاما أن يطلقا فتقبل او قالا لم نعاين موته وانما سمعنا من الناس فان لم يكن موته مشهورا فلا تقبل بلا خلاف وان كان مشهورا ذكر في الاصل أنه تقبل وقال بعضهم لا تقبل وبه أخذ الصدر الشهيد وفي العناية هو الصحيح وان قالا نشهد أنه مات أخبرنا بذلك من شهد موته ممن يوثق به جازت وقال بعضهم لا تجوز حامدية (قوله في الكل) اى فيما يجوز فيه الشهادة بالسماع كما في الخانية كذا في الهامش

(باب القبول وعدمه)

(قوله اى من يجب الخ) قال في البحر والمراد من يجب قبول شهادته على القاضي ومن لا يجب لا من يصح قبولها ومن لا يصح لان من ذكره ممن لا تقبل الفاسق وهو لو قضى بشهادته صح بخلاف العبد والصبي والزوجة والولد والاصل لكن في خزانة المفتين اذا قضى بشهادة الاعمى والمحدود في القذف اذا تاب أو بشهادة أحد الزوجين مع آخر لصاحبه او بشهادة الوالد لولده او عكسه نفذ حتى لا يجوز للثاني ابطاله وان رأى بطلانه فالمراد من عدم القبول عدم حله وذكر في منية المفتي اختلافا في النفاذ بشهادة المحدود بعد التوبة اهـ (قوله لصحة الفاسق) اى شهادته (قوله مثلا) انما قال مثلا ليشمل الاعمى (قوله تقبل الخ) اى لا قبولا عاما على المسلمين وغيرهم بل المراد أصل القبول فلا ينافي أن بعضهم كفار وانما تقبل شهادتهم لان فسقهم من حيث الاعتقاد وما اوقعهم فيه الا التعمق والغلو في الدين والفاسق انما ترد شهادته بتهمة الكذب مدني (قوله لا تكفر) فمن وجب اكفاره منهم فالاكثر على عدم قبوله كما في التقرير وفي المحيط البرهاني وهو الصحيح وما ذكر في الاصل محمول عليه بحر وفيه عن السراج وأن لا يكون ماجنا ويكون عدلا في تعاطيه واعترضه بأنه ليس مذكورا في ظاهر الرواية وفيه نظر فانه شرط في السني فما ظنك في غيره تأمل (قوله ولكل من حلف انه محق فردهم الخ) الاولى التعبير بالراء كما في الفتح بدل الواو وهذا قول ثان في تفسيرهم كما في البحر وشرح ابن الكمال نعم في شرح المجمع كما هنا حيث قال هم صنف من الروافض ينسبون الى أبي الخطاب محمد بن أبي وهب الاجدع الكوفي يعتقدون جواز الشهادة لمن حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا ويعتقدون أن الشهادة واجبة لشيعتهم سواء كان صادقا او كاذبا اهـ وفي تعريفات السيد الشريف ما يفيد أنهم كفار فانه قال ما نصه قالوا الائمة الانبياء وأبو الخطاب نبي وهؤلاء يستحلون شهادة الزور لموافقيهم على مخالفيهم وقالوا الجنة نعيم الدنيا والنار آلامها (قوله بل لتهمة الخ) ومن التهمة المانعة أن يجر الشاهد بشهادته الى نفسه نفعا أو يدفع عن نفسه مغرما خانية شهادة الفرد ليست مقبولة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه هداية كذا في الهامش (قوله ومن الذمي الخ) قال في فتاوى الهندية مات وعليه دين لمسلم بشهادة نصراني ودين لنصراني بشهادة نصراني قال ابو حنيفة رحمه الله ومحمد وزفر بدئ بدين المسلم فان فضل شيء كان ذلك للنصراني هكذا في المحيط اهـ كذا في الهامش (قوله على ما في الاشباه) وهي ما اذا شهد نصرانيان على نصراني انه قد أسلم حيا كان او ميتا فلا يصلى عليه بخلاف ما اذا كانت نصرانية كما في الخلاصة وما اذا شهدا على نصراني ميت بدين وهو مديون مسلم وما اذا شهدا عليه بعين اشتراها من مسلم وما اذا شهد أربعة نصارى على نصراني انه زنى بمسلمة الا اذا قالوا استكرهها فيحد الرجل وحده كما في الخانية وما اذا ادعى مسلم عبدا في يد كافر فشهد كافران انه عبده قضى به فلان القاضي المسلم له كذا في الاشباه والنظائر مدني (قوله باسلامه) اى اسلام المشهود عليه (قوله منه) اى من المستأمن قيد به لانه لا يتصور غيره فان الحربي لو دخل بلا أمان قهرا استرق ولا شهادة للعبد على احد فتح (قوله مع اتحاد الدار) اى بأن يكونا من اهل دار واحدة فان كانوا

من دارين كالروم والترك لم تقبل هداية ولا يخفى أن الضمير فى كانوا للمستأمنين فى دارنا وبه ظهر عدم صحة ما نقل عن الحموى من تمثيله لاتحاد الدار بكونهما فى دار الاسلام والالزم توارثهما حينئذ وان كانا من دارين مختلفين وفى الفتح وانما تقبل شهادة الذمى على المستأمن وان كانا من اهل دارين مختلفين لان الذمى بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمى (قوله على صغائره) اشار الى انه كان ينبغى أن يزيد وبلا غلبة قال ابن الكمال لان الصغيرة تأخذ حكم الكبيرة بالاصرار وكذا بالغلبة على ما أفصح عنه فى الفتاوى الصغرى حيث قال العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفى الصغائر العبرة للغلبة أو الاصرار على الصغيرة فتصير كبيرة ولذا قال وغلب صوابه اه قال فى الهامش لاتقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة والشرب وان لم يشرب هكذا فى المحيط فتاوى هندية وفيها والفاسق اذا تاب لاتقبل شهادته مالم يمض عليه زمان يظهر عليه اثر التوبة والصحيح أن ذلك مفوض الى رأى القاضى اه (قوله وفى الخلاصة الخ) قال فى الاقضية والذى اعتاد الكذب اذا تاب لاتقبل شهادته ذخيرة وسيذكره الشارح (قوله كبيرة) الاصح انها كل ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الدين كما بسطه القهستانى وغيره كذا فى شرح الملتقى وقال فى الفتح وما فى الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفى الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ونقله عن أدب القضاء لعصام وعليه المعوّل غير أن الحاكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور فلذا شرط فى شرب المحرم والسكر الادمان والله سبحانه أعلم اه (قوله سقطت عدالته) وتعود اذا تاب لكن قال فى البحر وفى الخانية الفاسق اذا تاب لاتقبل شهادته مالم يمض عليه زمان يظهر التوبة ثم بعضهم قدّره بستة أشهر وبعضهم قدّره بسنة والصحيح أن ذلك مفوّض الى رأى القاضى والمعدّل وفى الخلاصة ولو كان عدلا فشهد بزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدّة اه وقدمنا أن الشاهد اذا كان فاسقا سرّا لا ينبغى أن يخبر بفسقه كيلا يبطل حق المدّعى وصرّح به فى العمدة أيضا اه (فائدة) من اتهم بالفسق لاتبطل عدالته والمعدّل اذا قال للشاهد هو متهم بالفسق لاتبطل عدالته خانية (قوله بحر) مثله فى التاترخانية (قوله كفر) أشار الى فائدة تقييده فى الهداية بأن لا يترك الختان استخفافا بالدين وفى البحر عن الخلاصة والمختار أن أول وقته سبع وآخره اثنتا عشرة (قوله وخصى) لان حاصل أمره انه مظلوم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصى على قدامة بن مظعون رواه ابن أبى شيبة منح (قوله وأقطع) لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع يد رجل فى سرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فتقبل شهادته منح (قوله بالزنى) أى ولو شهد بالزنى على غيره تقبل قال فى المنح وتقبل شهادة ولد الزنى لان فسق الابوين لايوجب فسق الولد ككفرهما أطلقه فشمل ما اذا شهد بالزنى أو بغيره خلافا لمالك فى الاول اه مدنى (قوله كانثى) فيقبل مع رجل وامرأة فى غير حد وقود (قوله باثبات العتق) تقدم انه لاتحالف بعد خروج المبيع عن ملكه الخ مامرّ فى التحالف فراجعه وقوله العتق لانه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضى لابطال العتق منح (قوله ومن محرم رضاعا) قال فى الاقضية تقبل لابويه من الرضاع ولمن أرضعته امرأته ولام امرأته وأبيها بزازية من الشهادة فيما تقبل وفيما لاتقبل اه وتقبل لام امرأته وأبيها ولزوج ابنته ولامرأة ابنه ولامرأة أبيه ولاخت امرأته اه كذا فى الهامش عن الحامدية معزيا للخلاصة (قوله امتدت الخصومة) أى سنتين منح (قوله لو عدولا) قال فى المنح عن البحر وينبغى حمله على ما اذا لم يساعد المدّعى فى الخصومة أو لم يكثر ذلك توفيقا اه ووفق الرملى بغيره حيث قال مفهوم قوله لو عدولا انهم اذا كانوا مستورين لاتقبل وان لم تمتد الخصومة للتهمة بالمخاصمة واذا كانوا عدولا تقبل لارتفاع التهمة مع العدالة فيحمل ما فى القنية على ما اذا لم يكونوا عدولا توفيقا وما قلناه أشبه لان المعتمد فى باب الشهادات العدالة (قوله على ذمى ميت) نصرانى مات وترك ألف درهم وأقام مسلم شهودا من النصارى على ألف على الميت وأقام نصرانى آخرين كذلك فالالف المتروكة للمسلم عنده وعند أبى يوسف يتحاصان والاصل أن القبول عنده فى حق اثبات الدين على الميت فقط دون اثبات الشركة بينه وبين المسلم وعلى قول الثانى فى حقهما ذخيرة ملخصا وبه ظهر أن قبولها على الميت مقيد بما اذا لم يكن عليه دين لمسلم نعم هو قيد لاثباتها الشركة بينه وبين المدّعى

(و) من (مرتكب صغيرة) بلا اصرار (ان اجتنب الكبائر) كلها وغلب صوابه على صغائره درر وغيرها قال وهو معنى العدالة وفى الخلاصة كل فعل يرفض المروءة والكرم كبيرة وأقرّه ابن الكمال قال ومتى ارتكب كبيرة سقطت عدالته (و) من (أقلف) لو لعذر والا لا وبه نأخذ بحر والاستهزاء بشئ من الشرائع كفر ابن كمال (وخصى) وأقطع (وولد الزنى) ولو بالزنى خلافا لمالك (وخنثى) كانثى لو مشكلا والا فلا اشكال (وعتيق لمعتقه وعكسه) الا لتهمة لما فى الخلاصة شهدا بعد عتقهما أن الثمن كذا عند اختلاف بائع ومشتر لم تقبل لجر النفع باثبات العتق (ولاخيه وعمه ومن محرم رضاعا أو مصاهرة) الا اذا امتدت الخصومة وخاصم معه على ما فى القنية وفى الخزانة تخاصم الشهود والمدّعى عليه تقبل لو عدولا (ومن كافر على عبد كافر مولاه مسلم أو) على وكيل (حر كافر موكله مسلم لا) يجوز (عكسه) لقيامها على مسلم قصدا وفى الاول ضمنا (و) تقبل (على ذمى ميت وصيه مسلم

الآخر فاذا كان الآخر نصرانيا أيضا يشاركه والا فالمال للمسلم اذ لو شاركه لزم قيامها على المسلم وظهر أيضا أن المصنف ترك قيد الابد منه وهو ضيق التركة عن الدينين والا فلا يلزم قيامها على المسلم كما لا يخفى هذا ما ظهر لي بعد التنقير التام حتى ظفرت بعبارة الذخيرة فاغتنم هذا التحرير وادع لي وفي حاشية الرملي على البحر عن المنهاج لابي حفص العقيلي نصراني مات فجاء مسلم ونصراني وأقام كل واحد منهما البينة أن له على الميت دينا فان كان شهود الفريقين ذميين أو شهود النصراني ذميين بدئ بدين المسلم فان فضل شئ صرف الى دين النصراني وروى الحسن عن أبي يوسف انه يجعل بينهما على مقدار دينهما قيل انه قول أبي يوسف الاخر وان كان شهود الفريقين مسلمين أو شهود الذمي خاصة مسلمين فالمال بينهما في قولهم اهـ (قوله بحر) عبارته فان كان فقد كتبناه عن الجامع اهـ والذي كتبه هو قوله نصراني مات عن مائة فأقام مسلم شاهدين عليه بمائة ومسلم ونصراني بمثله فالثلثان له والباقي بينهما والشركة لا تمنع لانها باقراره اهـ ووجهه أن الشهادة الثانية لا تثبت للذمي مشاركته مع المسلم كما قدمناه ولكن المسلم لما ادعى المائة مع النصراني صار طالبا نصفها والمنفرد يطلب كلها فتقسم عولا فلمدعي الكل الثلثان لان له نصفين وللمسلم الآخر الثلث لان له نصفا فقط لكن لما ادعاه مع النصراني قسم الثلث بينهما وهذا معنى قوله والشركة لا تمنع لانها باقراره وانظر ما سنذكره أول كتاب الفرائض عند قوله ثم تقدم ديونه (قوله كامر) أي قريبا (قوله في مسألتين) حمل القبول فيهما في الشرنبلالية بحثا على ما اذا كان الخصم المسلم مقرا بالدين منكرا للوصاية والنسب وأما لو كان منكرا للدين كيف تقبل شهادة الذميين عليه (قوله وأحضر) أي الوصي (قوله ابن الميت) أي النصراني (قوله على مسلم) وأقام شاهدين نصرانيين على نسبه تقبل وهذا استحسان ووجهه الضرورة لعدم حضور المسلمين موتهم ولانكاحهم كذا في الدرر كذا في الهامش (قوله بحق) أي ثابت كذا في الهامش (قوله كرئيس القرية) قال في الفتح وهذا المسمى في بلادنا شيخ البلد وقدمنا عن البزدوي أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وان كان أصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته اهـ (قوله النخاسين) جمع نخاس من النخس وهو الطعن ومنه قيل لدلال الدواب نخاس (قوله وقيل) هذا ممكن في مثل عبارة الكنز فانه لم يقل الا اذا كانوا أعوانا الخ (قوله المحترفين) فيكون فيه رد على من رد شهادة أهل الحرف الخسيسة قال في الفتح وأما أهل الصناعات الدنيئة كالقنواتي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل والاصح انها تقبل لانه قد تولاها قوم صالحون فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة وتمامه فيه فراجعه (قوله والا الخ) أي بأن كان أبوه تاجرا واحترف هو بالحياكة أو الحلاقة أو غير ذلك لارتكابه الدناءة كذا في الهامش (قوله فتح) لم أره في الفتح بل ذكره في البحر بصيغة ينبغي وقال الرملي في هذا التقييد نظر يظهر لمن له نظر فتأمل أي في التقييد بقوله بحرفة لائقة الخ ووجهه انهم جعلوا العبرة للعدالة لا للحرفة فكم من دنئ صناعة اتقى من ذي منصب ووجاهة على أن الغالب انه لا يعدل عن حرفة أبيه الى أدنى منها الا لقلة ذات يده أو صعوبتها عليه ولاسيما اذا علمه اياها أبوه أو وصيه في صغره ولم يتقن غيرها فتأمل وفي حاشية أبي السعود فيه نظر لانه مخالف لما قدمه هو قريبا من أن صاحب الصناعة الدنيئة كالزبال والحائك مقبول الشهادة اذا كان عدلا في الصحيح اهـ قلت ويدفع بأن مراده أن عدوله عن حرفة أبيه الى أدنى منها دليل على عدم المروءة وان كانت حرفة أبيه دنيئة فينبغي أن يقال هو كذلك ان عدل بلا عذر تأمل (قوله من أعمى) الا في رواية زفر عن أبي حنيفة فيما يجزى فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه باقاني على الملتقى كذا في الهامش (قوله أي لا يقضي بها) خلافا لابي يوسف فيما اذا تحمله بصيرا فانها تقبل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتمييز الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص اهـ باقاني على الملتقى كذا في الهامش (قوله بالسماع) كالنسب والموت (قوله خلافا للثاني) أي فيهما واستظهر قوله بالاول صدر الشريعة فقال وقوله أظهر لكن رده في اليعقوبية بان المفهوم من سائر الكتب عدم أظهريته وأما قوله بالثاني فهو مروي عن الامام أيضا قال في البحر واختاره في الخلاصة ورده الرملي بأنه ليس في الخلاصة

(أن لم يكن عليه دين لمسلم) بحر وفي الاشباه لا تقبل شهادة كافر على مسلم الا تبعا كما مر أو ضرورة في مسألتين * في الايصاء شهد كافران على كافر أنه أوصى الى كافر وأحضر مسلما عليه حق للميت * وفي النسب شهدا أن النصراني ابن الميت فادعى على مسلم بحق وهذا استحسان ووجهه في الدرر (والعمال) للسلطان (الا اذا كانوا أعوانا على الظلم) فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم كرئيس القرية والجابي والصراف والمعرفين في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف ومحضر قضاة العهد والوكلاء المفتعلة والصكاك وضمان الجهات كمقاطعة سوق النخاسين حتى حل لعن الشاهد لشهادته على باطل فتح وبحر وفي الوهبانية أمير كبير ادعى فشهد له عماله ونوابه ورعاياهم لا تقبل كشهادة المزارع لرب الارض وقيل أراد بالعمال المحترفين أي بحرفة لائقة به وهي حرفة آبائه وأجداده والا فلا مروءة له لو دنيئة فلا شهادة له لما عرف في حد العدالة فتح وأقره المصنف (لا) تقبل (من أعمى) أي لا يقضى بها ولو قضى صح وعم قوله (مطلقا) ما لو عمي بعد الاداء قبل القضاء وما جاز بالسماع خلافا للثاني

وأفاد عدم قبول الاخرس مطلقا بالاولى (ومرتد ومملوك) ولو مكاتبا أو مبعضا (وصبي) ومغفل ومجنون (الا) في حال صحته الا (أن يتحملا
في الرق والتمييز وأديا بعد الحرية) ولو لمعتقه كامر (و) بعد (البلوغ) وكذا بعد ابصار واسلام وتوبة فسق وطلاق
زوجة لان المعتبر حال الاداء شرح تكملة وفي البحر متى حكم برده لعلة ثم زالت فشهد بها لم تقبل الا الأربعة عبد وصبي وأعمى وكافر على مسلم وادخال الكمال احد الزوجين مع الاربعة سهو (ومحدود في قذف) تمام الحد وقيل بالاكثر (وان تاب) بتكذيبه نفسه فتح لان الرد من تمام الحد بالنص والاستثناء منصرف لما يليه وهو وأولئك هم الفاسقون (الا ان يحد كافرا) في القذف (فيسلم) فتقبل وان ضرب أكثره بعد الاسلام على الظاهر بخلاف عبد حد فعتق لم تقبل (أو يقيم) المحدود (بينة على صدقه) اما أربعة على زناه أو اثنين على اقراره به كما لو برهن قبل الحد بحر وفيه الفاسق اذا تاب تقبل شهادته الا المحدود بقذفه والمعروف بالكذب وشاهد الزور لو عدلا لا تقبل أبدا ملتقط لكن سيجيء ترجيح قبولها (ومسجون في حادثة) تقع في (السجن) وكذا لا تقبل شهادة الصبيان فيما يقع في الملاعب ولا شهادة النساء فيما يقع في الحمامات وان مست الحاجات لمنع الشرع عما يستحق به السجن وملاعب الصبيان وحمامات النساء فكان التقصير مضافا اليهم لا الى الشرع بزازية وصغرى وشرنبلالية لكن في الحاوي تقبل شهادة النساء وحدهن في القتل في الحمام بحكم الدية كيلا يهدر الدم اه فليتنبه عند الفتوى وقدمنا قبول شهادة المعلم في حوادث الصبيان (والزوجة لزوجها وهو لها) وجاز عليها

مايقتضي ترجيحه واختياره (قوله بالاولى) لان في الاعمى انما تحقق التهمة في نسبته وهنا تحقق في نسبته وغيرها من قدر المشهود به وأمورا أخر كذا في الفتح ونقل أيضا عن المبسوط انه باجماع الفقهاء لان لفظ الشهادة لا يتحقق منه وتمامه فيه (قوله ولو مكاتبا) والمعتق في المرض كالمكاتب في زمن السعاية عند أبي حنيفة وعندهما حر مديون (تنبيهات) مات عن عم وأمتين وعبدين فأعتقهما العم فشهدا ببنوة أحدهما بعينها أي انه أقر بها في صحته لم تقبل عنده لان في قبولها ابتداء بطلانها انتهاء لان معتق البعض كمكاتب لا تقبل شهادته عنده لا عندهما ولو شهدا أن الثانية أخت الميت قبل الشهادة الاولى أو بعدها أو معها لا تقبل بالاجماع لانا لو قبلنا لصارت عصبة مع البنت فيخرج العم عن الوراثة بحر عن المحيط أقول هذا ظاهر عند وجود الشهادتين وأما عند سبق شهادة الاختية فالعلة فيها هي علة البنتية فتفقه وفي المحيط مات عن أخ لا يعلم له وارث غيره فقال عبدان من رقيق الميت انه أعتقنا في صحته وان هذا الآخر ابنه فصدقهما الاخ في ذلك لا تقبل في دعوى الاعتاق لانه أقر بأنه لا ملك له فيهما بل هما عنده للآخر لاقرار الاخ انه وارث دونه فتبطل شهادتهما في النسب ولو كان مكان الآخر أنثى جاز شهادتهما وثبت نسبها ويسعيان في نصف قيمتهما لانه اقر أن حقه في نصف الميراث فصح بالعتق لانه لا يتجزأ عندهما الا أن العتق في عبد مشترك فتجب السعاية للشريك الساكت وأقول عند أبي حنيفة يعتقان كما قالا غير أن شهادتهما بالبنتية لم تقبل لان معتق البعض لا تقبل شهادته فتفقه (فائدة) قضي بشهادة فظهروا عبيدا تبين بطلانه فلو قضي بوكالة ببينة وأخذ ما على الناس من الديون ثم وجدوا عبيدا لم تبرأ الغرماء ولو كان مثله في وصاية برئوا لان قبضه باذن القاضي وان لم يثبت الايصاء كاذنه لهم في الدفع الى ابنه بخلاف الوكالة اذ لا يملك الاذن لغريم في دفع دين الحي لغيره قال المقدسي فعلى هذا ما يقع الآن كثيرا من تولية شخص نظر وقف فيتصرف فيه تصرف مثله من قبض وصرف وشراء وبيع ثم يظهر أنه بغير شرط الواقف أو أن انهاءه باطل ينبغي أن لا يضمن لانه تصرف باذن القاضي كالوصي فليتأمل قلت وتقدم في الوقف ما يؤيده سائحاني (قوله ومغفل) وعن أبي يوسف انه قال انا نرد شهادة أقوام نرجو شفاعتهم يوم القيمة معناه أن شهادة المغفل وأمثاله لا تقبل وان كان عدلا صالحا تاترخانية (قوله في حال صحته) أي وقت كونه صاحيا كذا في الهامش (قوله بعد ابصار) بشرط أن يتحمل وهو بصير أيضا بأن كان بصيرا ثم عمي ثم أبصر فأدى فافهم (قوله زوجة) أي ان لم يكن حكم بردها لما يأتي قريبا (قوله وفي البحر) أي عن الخلاصة (قوله فشهد بها) أي بتلك الحادثة (قوله الا الأربعة) أما ماسوى الاعمى فظاهر لان شهادتهم ليست شهادة وأما الاعمى فلينظر الفرق بينه وبين احد الزوجين ثم رأيت في الشرنبلالية استشكل قبول شهادة الاعمى (قوله عبد الخ) قال في البحر فعلى هذا لا تقبل شهادة الزوج والاجير والمغفل والمتهم والفاسق بعد ردها اه وذكر في البحر أيضا قبل هذا الباب اعلم انه يفرق بين المردود لتهمة وبين المردود لشبهة فالثاني يقبل عند زوال المانع بخلاف الاول فانه لا يقبل مطلقا اليه أشار في النوازل اه (قوله وادخال الخ) مع انه صرح في صدر عبارته بخلافه ومثله في التاترخانية والجوهرة والبدائع (قوله سهو) لان الزوج له شهادة وقد حكم بردها بخلاف العبد ونحوه تأمل (قوله بتكذيبه) الباء للتصوير تأمل ويؤيده ما في الشرنبلالية فراجعها (قوله فتقبل) لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت شهادة أخرى وليس المراد أنها تقبل بعد اسلامه في حق المسلمين فقط بحر (قوله لم تقبل) لانه لا شهادة للعبد أصلا في حال رقه فيتوقف على حدوثها فاذا احدثت كان رد شهادته بعد العتق من تمام الحد بحر (قوله زناه) أي المقذوف (قوله اذا تاب الخ) قال قاضي خان الفاسق اذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر أثر التوبة ثم بعضهم قدر ذلك بستة اشهر وبعضهم قدره بسنة والصحيح انه مفوض الى رأي القاضي والمعدل وتمامه هناك وفي خزانة المفتين كل شهادة ردت لتهمة الفسق فاذا ادعاها لا تقبل اه كذا في الهامش (قوله سيجيء) أي قبيل باب الرجوع عن الشهادة (قوله ترجيح قبولها) وكذا قال في الخانية وعليه الاعتماد وجعل الاول رواية عن الثاني (قوله لا الى الشرع) وقيل في كل ذلك تقبل والاصح الاول كذا في القنية جامع الفتاوى (قوله وحدهن) قدم في الوقف أن القاضي لا يمضي قضاء قاض آخر بشهادة النساء وحدهن في شجاج الحمام سائحاني ويمكن حمله على القصاص بالشجاج (قوله وجاز عليها الخ) قال في الاشباه شهادة الزوج على الزوجة مقبولة الا بزناها

وقذفها كما فى حدّ القذف وفيما اذا شهد على اقرارها بأنها أمة لرجل يدّعيها فلا تقبل الا اذا كان الزوج أعطاها المهر والمدّعى يقول أذنت لها فى النكاح كما فى شهادة الخانية ح كذا فى الهامش (قوله فى الاشباه) وهما فى البحر أيضا (قوله ولو شهد لها الخ) وكذا لو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا قبل أن يقضى بها تاترخانية (قوله ثم تزوّجها) أى قبل القضاء (قوله فعلم الخ) الذى يعلم مما ذكره منع الزوجية عند القضاء وأمّا منعها عند التحمل أو الاداء فلم يعلم مما ذكر فلا بدّ من ضميمة ما ذكره فى المنح عن البزازية لو تحملها حال نكاحها ثم ابانها وشهد لها أى بعد انقضاء عدّتها تقبل وما ذكره أيضا عن فتاوى القاضى لو شهد لامرأته وهو عدل فلم يردّ الحاكم شهادته حتى طلقها بائنا وانقضت عدّتها روى ابن شجاع رحمه الله أنّ القاضى ينفذ شهادته قال فى البحر والحاصل انه لا بدّ من انتفاء التهمة وقت الزوجية وأمّا فى باب الرجوع فى الهبة فهى مانعة منه وقت الهبة لا وقت الرجوع فلو وهب لاجنبية ثم نكحها فله الرجوع بخلاف عكسه كما سيأتى وفى باب اقرار المريض الاعتبار لكونها زوجة وقت الموت لا وقت الوصية اه (قوله والفرع) ولو فرعية من وجه كولد الملاعنة وتمامه فى البحر (قوله الا اذا شهد الجدّ) محلّ هذا الاستثناء بعد قوله وبالعكس اذ الجدّ أصل لا فرع (قوله ولو بطلاق ضرّتها) لانها شهادة لامّه بحر كذا فى الهامش (قوله والامّ فى نكاحه) الواو للحال وذكر فى البحر هنا فروعا حسنة فلتراجع (قوله فى مسألة القاتل) وصورته ثلاثة قتلوا رجلا عمدا ثم شهدوا بعد التوبة أنّ الولىّ قد عفا عنا قال الحسن لا تقبل شهادتهم الا أن يقول اثنان منهم عفا عنا وعن هذا الواحد ففى هذا الوجه قال أبو يوسف تقبل فى حق الواحد وقال الحسن تقبل فى حق الكلّ ح كذا فى الهامش وانظر ما فى حاشية الفتال عن الحموىّ والكفرى (قوله ولو بالعكس) ولو كانت الزوجة أمة بحر (قوله لشريكه) أطلقه فشمل الشركات بأنواعها وفى المفاوضة كلام فى البحر فراجعه (قوله من شركتهما) وتقبل فيما ليس من شركتهما فتاوى هندية كذا فى الهامش (قوله أن يطعن بثلاثة الخ) انظر حاشية الرملىّ على البحر قبيل قوله والمحدود فى قذف اه (قوله أو لا خراج للشاهد) أى عليه (قوله على ضيعة) لعله على قطعة كما فى البزازية لكن فى الفتح كما هنا وفى القاموس الضيعة العقار والارض المغلّة اه وفى الهامش عن الحامدية شهد وامع متولى الوقف على آخر أن هذه القطعة الارض من جملة أراضى قريتهم تقبل اه تمرتاشى من الشهادة (قوله لا تقبل) وقيل تقبل مطلقا فى النافذة فتح (قوله وكذا) أى تقبل (قوله المدرسة) أى فى رقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهل تلك المدرسة وكذلك الشهادة على وقف مكتب وللشاهد صبىّ فى المكتب وشهادة أهل المحلة فى وقف عليها وشهادتهم بوقف المسجد والشهادة على وقف المسجد الجامع وكذا أبناء السبيل اذا شهدوا بوقف على أبناء السبيل فالمعتمد القبول فى الكل بزازية قال ابن الشحنة ومن هذا النمط مسألة قضاء القاضى فى وقف تحت نظره أو مستحق فيه اه وهذا كله فى شهادة الفقهاء بأصل الوقف أما شهادة المستحق فيما يرجع الى الغلة كشهادته باجارة ونحوها لم تقبل لانّ له حقا فيه فكان متهما وقد كتبت فى حواشى جامع الفصولين أنّ مثله شهادة شهود الاوقاف المقرّرين فى وظائف الشهادة لما ذكرنا وتقريره فيها لا يوجب قبولها وفائدتها اسقاط التهمة عن المتولى فلا يحلف ويقوّيه أنّ البينة تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادّعى الردّ أو الهلاك بحر ملخصا فراجعه (قوله انتهى) أى ما فى فتاوى النسفىّ ونقله عنه فى الفتح آخر الباب (قوله أو مشاهرة) أى او مياومة هو الصحيح جامع الفتاوى (قوله أو التلميذ الخاص) وفى الخلاصة هو الذى يأكل معه وفى عياله وليس له أجرة معلومة وتمامه فى الفتح فارجع اليه وفى الهامش ولو شهد الاجير لاستاذه وهو التلميذ الخاص الذى يأكل معه وهو فى عياله لا تقبل ان لم يكن له أجرة معلومة وان كان له أجرة معلومة مياومة أو مشاهرة أو مسانهة ان أجير وحد لا تقبل وان أجير مشترك تقبل وفى العيون قال محمد رحمه الله تعالى استأجره يوما فشهد له فى ذلك اليوم القياس أن لا تقبل ولو أجير خاص فشهد ولم يعدّل حتى ذهب الشهر ثم عدّل لا تقبل كمن شهد لامرأته ثم طلقها ولو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار قبل القضاء لا تقبل بزازية ثم نقل فى الهامش فرعا ليس محله هنا وهو بيده ضيعة وادّعى آخر أنها وقف وأحضر صكا فيه خطوط العدول والقضاة الماضين وطلب الحكم به ليس للقاضى أن يقضى بالصك لانه انما يحكم بالحجة وهى البينة أو الاقرار لا الصك لانّ الخط مما يزوّر وكذا لو كان

الا فى مسألتين فى الاشباه (ولو فى عدّة من ثلاث) لما فى القنية طلقها ثلاثا وهى فى العدّة لم تجز شهادته لها ولا شهادتها له ولو شهد لها ثم تزوّجها بطلت خانية فعلم منع الزوجية عند القضاء لا تحمل أو أداء (والفرع لاصله) وان علا الا اذا شهد الجدّ لابن ابنه على أبيه أشباه قال وجاز على أصله الا اذا شهد على أبيه لامّه ولو بطلاق ضرّتها والامّ فى نكاحه وفيها بعد ثمان ورقات لا تقبل شهادة الانسان لنفسه الا فى مسألة القاتل اذا شهد بعفو ولىّ المقتول فراجعها (وبالعكس) للتهمة (وسيد لعبده ومكاتبه والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) [٢] لانها لنفسه من وجه فى الاشباه للخصم أن يطعن بثلاثة برق وحدّ وشركة وفى فتاوى النسفىّ لو شهد بعض أهل القرية على بعض منهم بزيادة الخراج لا تقبل ما لم يكن خراج كل أرض معينا أو لا خراج للشاهد وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة انها من قريتهم لا تقبل وكذا أهل سكة يشهدون بشىء من مصالحه لو غير نافذة وفى النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل وان قال لا آخذ شيأ تقبل وكذا فى وقف المدرسة انتهى فليحفظ (والاجير الخاص لمستأجره) مسانهة أو مشاهرة أو الخادم أو التابع أو التلميذ الخاص الذى يعدّ ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه درر

[٢] قوله ولو بالعكس هكذا فى النسخة المجموع منها ولا وجود لذلك فى نسخ الشارح التى بيدى اه مصححه

وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة للقانع باهل البيت اى الطالب معاشه منهم من القنوع لا من القناعة ومفاده قبول شهادة المستأجر والاستاذه (ومخنث) بالفتح (من يفعل الردىء) ويؤتى وأما بالكسر فالمتكسر المتلين فى أعضائه وكلامه خلقة فتقبل بحر (ومغنية) ولو لنفسها لحرمة رفع صوتها درر وينبغى تقييده بمداومتها عليه ليظهر عند القاضى كما فى مدمن الشرب على اللهو ذكره الوانى (ونائحة فى مصيبة غيرها) بأجر درر وفتح زاد العينى فلو فى مصيبتها تقبل وعلله الوانى بزيادة اضطرارها وانسلاب صبرها واختيارها فكان كالشرب للتداوى (وعدو بسبب الدنيا) جعله ابن الكمال عكس الفرع لا اصله فتقبل له لا عليه واعتمد فى الوهبانية والمحبية قبولها ما لم يفسق بسببها قالوا والحقد فسق للنهى عنه وفى الاشباه فى تتمة قاعدة اذا اجتمع الحرام والحلال ولو العداوة للدنيا لا تقبل سواء شهد على عدوه أو غيره لانه فسق وهو لا يتجزى وفى فتاوى المصنف لا تقبل شهادة الجاهل على العالم لفسقه بترك ما يجب تعلمه شرعا فحينئذ لا تقبل شهادته على مثله ولا على غيره وللحاكم تعزيره على تركه ذلك ثم قال والعالم من يستخرج المعنى من التركيب كما يحق وينبغى (ومجازف فى كلامه) أو يحلف فيه كثيرا أو اعتاد شتم أولاده أو غيرهم لانه معصية كبيرة كترك زكاة أو حج على رواية فوريته أو ترك جماعة أو جمعة أو أكل فوق شبع بلا عذر وخروج لفرجة قدوم أمير وركوب بحر ولبس حرير وبول فى سوق أو الى قبلة أو شمس أو قمر أو طفيلى ومسخرة ورقاص وشتام للدابة وفى بلادنا يشتمون بائع الدابة فتح وغيره وفى شرح الوهبانية لا تقبل شهادة البخيل لانه لبخله يستقصى فيما يقرض من الناس فيأخذ زيادة على حقه فلا يكون عدلا ولا شهادة الاشراف من أهل العراق لتعصبهم ونقل المصنف عن جواهر الفتاوى ولا من انتقل من مذهب أبى حنيفة الى مذهب الشافعى رضى الله تعالى عنه

على باب الحانوت لوح مضروب ينطق بوقفية الحانوت لم يجز للقاضى أن يقضى بوقفيته به جامع الفصولين فعلم من ذلك انه ليس للقاضى أن يحكم بما فى دفتر البياع والصراف والسمسار خصوصا فى هذا الزمان ولا ينبغى الاقتداء بمحرره اهـ (قوله ومفاده) صرح به فى الفتح جازما به لكن فى التاترخانية عن الفتاوى الغياثية ولا تجوز شهادة المستأجر للاجير وفى حاشية الفتال عن المحيط السرخسى قال أبو حنيفة فى المجرد لا ينبغى للقاضى أن يجيز شهادة الاجير لاستاذه ولا الاستاذ لاجيره وهو مخالف لما استنبطه من الحديث (قوله رفع صوتها) فى النهاية فلذا أطلق فى قوله مغنية وقيد فى غناء الرجال بقوله للناس وتمامه فى الفتح وأما الشهادة عليها بذلك فهو جرح مجرد فلذا اختص الظهور عند القاضى بالمداومة تأمل (قوله درر) ماذكره جار فى النوح بعينه فما باله لم يكن مسقطا للعدالة اذا ناحت فى مصيبة نفسها سعدية ويمكن الفرق بأن المراد رفع صوت يخشى منه الفتنة (قوله ونائحة الخ) لا تقبل شهادة النائحة ولم يرد به التى تنوح فى مصيبتها وانما أراد به التى تنوح فى مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة تاترخانية عن المحيط ونقله فى الفتح عن الذخيرة ثم قال ولم يتعقب هذا من المشايخ أحد فيما علمت وتمامه فيه فراجعه (قوله واختيارها) مقتضاه لو فعلته عن اختيارها لا تقبل (قوله وعدو الخ) أى على عدوه ملتقى قال الحانوتى سئل فى شخص ادعى عليه وأقيمت عليه بينة فقال انهم ضربونى خمسة أيام فحكم عليه الحاكم ثم أراد أن يقيم البينة على الخصومة بعد الحكم فهل تسمع الجواب قد وقع الخلاف فى قبول شهادة العدو على عدوه عداوة دنيوية وهذا قبل الحكم وأما بعده فالذى يظهر عدم نقض الحكم كما قالوا ان القاضى ليس له أن يقضى بشهادة الفاسق ولا يجوز له فاذا قضى لا ينتقض اهـ وهو مخالف لما فى اليعقوبية (قوله واعتمد فى الوهبانية الخ) قال فى المنح وماذكره هنا فى المختصر من التفصيل فى شهادة العدو تبعا للكنز وغيره هو المشهور على ألسنة فقهائنا وقد جزم به المتأخرون لكن فى القنية ان العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة وهو الصحيح وعليه الاعتماد واختاره ابن وهبان ولم يتعقبه ابن الشحنة لكن الحديث شاهد لما عليه المتأخرون اهـ وتمامه فيها وانظر ما كتبناه أول القضاء أقول ذكر فى الخيرية بعد كلام ما نصه فتحصل من ذلك أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل وان كان عدلا وصرح يعقوب باشا فى حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضى بشهادة العدو على عدوه والمسألة دوارة فى الكتب وذكر الشارح عبارة يعقوب باشا فى أول كتاب القضاء (قوله أو اعتاد شتم أولاده) قال فى الفتح وقال نصير بن يحيى من يشتم أهله ومماليكه كثيرا فى كل ساعة لا يقبل وان كان أحيانا يقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته اهـ (قوله كترك زكاة) الصحيح أن تأخير الزكاة لا يبطل العدالة وذكر الخاصى عن قاضى خان أن الفتوى على سقوط العدالة بتأخيرها من غير عذر لحق الفقراء دون الحج خصوصا فى زماننا كذا فى شرح النظم الوهبانى منح فى الفروع آخر الباب (قوله أو ترك جماعة) قال فى فتح القدير منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه فى دين ولا حال وان كان متأولا كأن يكون معتقدا أفضليتها أول الوقت والامام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا بترك الجمعة من غير عذر فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسى والاول أوجه اهـ لكن قدمنا عنه أن الحكم بسقوط العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور تأمل (قوله بلا عذر) احتراز عما اذا أراد التقوى على صوم الغد أو موانسة الضيف كما فى الشرنبلالية والفتح (قوله قدوم أمير) الآن يذهب للاعتبار فحينئذ لا تسقط عدالته (قوله فيما يقرض) عبارة غيره يقرض (قوله الاشراف من أهل العراق) أى لانهم قوم يتعصبون فاذا نابت أحدهم نائبة أتى سيد قومه فيشهد له ويشفع فلا يؤمن أن يشهد له بزور اهـ وعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته بحر كذا فى الهامش (قوله من مذهب أبى حنيفة) أى استخفافا قال فى القنية من كتاب الكراهية ليس

قال وكذا بائع الاكفان والحنوط لتمنيه الموت وكذا الدلال والوكيل لو باثبات النكاح أما لو شهد أنهما امرأته تقبل والحيلة انه يشهد بالنكاح ولايذكر الوكالة بزازية وتسهيل واعتمده قدري أفندي في واقعاته وذكره المصنف في اجارة معينه معزيا للبزازية وملخصه انه لاتقبل شهادة الدلالين والصكاكين والمحضرين والوكلاء المفتعلة على أبوابهم ونحوه في فتاوى مؤيدزاده وفيها وصي أخرج من الوصاية بعد قبولها لم تجز شهادته للميت أبدا وكذا الوكيل بعدما أخرج من الوكالة ان خاصم اتفاقا والا فكذلك عند أبي يوسف (ومدمن الشرب) لغير الخمر لان بقطرة منها يرتكب الكبيرة فترد شهادته وماذكره ابن الكمال غلط كما حرره في البحر قال وفي غير الخمر يشترط الادمان لان شربه صغيرة وانما قال (على اللهو) ليخرج الشرب للتداوي فلا يسقط العدالة لشبهة ٣٨٢ الاختلاف صدر الشريعة وابن كمال (ومن يلعب بالصبيان) لعدم مروءته وكذبه غالبا كافي (والطيور) الا اذا أمسكها للاستئناس فيباح الا أن يجر حمام غيره فلا لاكله الحرام عيني وعناية (والطنبور) وكل لهو شنيع بين الناس كالطنابير والمزامير وان لم يكن شنيعا نحو الحداء وضرب القصب فلا الا اذا فحش بأن يرقصوا به خانية لدخوله في حد الكبائر بحر (ومن يغني للناس) لانه يجمعهم على كبيرة هداية وغيرها وكلام سعدي أفندي يفيد تقييده بالاجرة فتأمل وأما المغني لنفسه لدفع وحشته فلا بأس به عند العامة عناية وصححه العيني وغيره قال ولو فيه وعظ وحكمة فجائز اتفاقا ومنهم من أجازه في العرس كما جاز ضرب الدف فيه ومنهم من أباحه مطلقا ومنهم من كرهه مطلقا اه وفي البحر والمذهب حرمته مطلقا فانقطع الاختلاف بل ظاهر الهداية انه كبيرة ولو لنفسه وأقره المصنف قال ولاتقبل شهادة من يسمع الغناء أو يجلس مجلس الغناء زاد العيني أو مجلس الفجور والشرب وان لم يسكر لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يسقط عدالته (أو يرتكب ما يحد به) للفسق ومراده من يرتكب كبيرة قاله المصنف وغيره (أو يدخل الحمام بغير ازار) لانه حرام

للعامي أن يتحول من مذهب الى مذهب ويستوي فيه الحنفي والشافعي وقيل لمن انتقل الى مذهب الشافعي ليزوج له أخاف أن يموت مسلوب الايمان لاهانته للدين لجيفة قذرة وفي آخر هذا الباب من المنح وان انتقل اليه لقلة مبالاته في الاعتقاد والجراءة على الانتقال من مذهب الى مذهب كما يتفق له ويميل طبعه اليه لغرض يحصل له فانه لاتقبل شهادته اه فعلم بمجموع ماذكرناه أن ذلك غير خاص بانتقال الحنفي وانه اذا لم يكن لغرض صحيح فافهم ولاتكن من المتعصبين فتحرم بركة الائمة المجتهدين وقدمنا هذا البحث مستوفى في فصل التعزير فارجع اليه (قوله وكذا بائع الاكفان) اذا ابتكر وترصد لذلك جامع الفتاوى وبحر (قوله لتمنيه الموت) وان لم يتمنه بأن كان عدلا تقبل كذا قيده شمس الائمة س (قوله وكذا الدلال) أي فيما عقده أو مطلقا لكثرة كذبه (قوله والحيلة الخ) مقتضاه أن من لاتقبل شهادته لعله يجوز له أن يخفيها ويشهد كما اذا كان عبدا للمشهود له أو ابنه أو نحو ذلك فليتأمل (قوله بزازية) عبارتها وشهادة الوكيلين أو الدلالين اذا قالا نحن بعنا هذا الشئ أو الوكيلان بالنكاح أو بالخلع اذا قالا نحن فعلنا هذا النكاح أو الخلع لاتقبل أما لو شهد الوكيلان بالبيع أو النكاح انها منكوحته أو ملكه تقبل وذكر أبو القسم أنكر الورثة النكاح فشهد رجل قد تولى العقد والنكاح يذكر النكاح ولايذكر أنه تولاه اه (قوله والوكلاء المفتعلة) أي الذين يجتمعون على أبواب القضاة يتوكلون للناس بالخصومات ح كذا في الهامش (قوله على ابوابهم) أي القضاة (قوله وفيها) مكرر مع ما يأتي متنا (قوله ومدمن الشرب) الادمان أن يكون في نيته الشرب متى وجد قال شمس الائمة يشترط مع هذا أن يخرج سكران ويسخر منه الصبيان أو أن يظهر ذلك للناس وكذلك مدمن سائر الاشربة وكذا من يجلس مجالس الفجور والمجانة في الشرب لاتقبل شهادته وان لم يشرب بزازية كذا في الهامش (قوله وماذكره ابن الكمال غلط) حيث قال ومدمن الشراب يعني شراب الاشربة المحرمة مطلقا على اللهو لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان ووجهه أن نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة وشرط في شهادة الاصل الادمان لا لانه اذا شرب في السر لاتسقط عدالته لان الادمان أمر آخر وراء الاعلان بل لان شرب الخمر ليس بكبيرة فلا يسقط العدالة الا الاصرار عليه وذلك بالادمان قال في الفتاوى الصغرى ولاتسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ما ثبت بنص قاطع الا اذا دام على ذلك ح كذا في الهامش (قوله كما حرره في البحر) حيث قال وذكر ابن الكمال أن شرب الخمر ليس بكبيرة فلا يسقط العدالة الا بالاصرار عليه بدليل عبارة الفتاوى الصغرى المتقدمة اه لكن في الهامش قال تحت قول الشارح كما حرره في البحر أي من أن التحقيق أن شرب قطرة من الخمر كبيرة وانما شرط المشايخ الادمان ليظهر شربه عند القاضي اه ح (قوله القصب) الذي في المنح القضيب (قوله بأن يرقصوا) وفي بعض النسخ زيادة كانوا فتأمل والوجه أن اسم مغنية ومغن انما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال وهو حرام ونصوا على أن التغني للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف وحينئذ فكأنه قال لاتقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها وتمامه فيه فراجعه (قوله وغيره) كابن كمال (قوله قال) أي العيني (قوله فجائز اتفاقا) اعلم أن التغني لاسماع الغير وايناسه حرام عند العامة ومنهم من جوزه في العرس والوليمة وقيل ان كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان لابأس أما التغني لاسماع نفسه قيل لايكره وبه أخذ شمس الائمة لما روى ذلك عن أزهد الصحابة البراء بن عازب رضي الله عنه والمكروه على قوله ما يكون على سبيل اللهو ومن المشايخ من قال ذلك يكره وبه أخذ شيخ الاسلام بزازية (قوله ضرب الدف فيه) جواز ضرب الدف فيه خاص بالنساء لما في البحر عن المعراج بعد ذكره انه مباح في النكاح وما في معناه من حادث سرور قال وهو مكروه للرجال على كل حال للتشبه بالنساء (قوله فانقطع الاختلاف)

فيه

(أو يلعب بنرد) أو طاب ، مطلقا قامر أولا أما الشطرنج فلشبهة الاختلاف شرط واحد ٣٨٣ من ست فلذا قال (أو يقامر بشطرنج أو يترك به الصلاة) حتى يفوت وقتها (أو يحلف عليه) كثيرا (أو يلعب به على الطريق أو يذكر عليه فسقا) أشباه أو يداوم عليه ذكره سعدى أفندى معزيا للكافى والمعراج (أو يأكل الربا) قيدوه بالشهرة ولا يخفى أن الفسق يمنعها شرعا الا أن القاضى لا يثبت ذلك الا بعد ظهوره له فالكل سواء بحر فليحفظ (أو يبول أو يأكل على الطريق) وكذا كل ما يخل بالمروءة ومنه كشف عورته ليستنجى من جانب البركة والناس حضور وقد كثر فى زماننا فتح (أو يظهر سب السلف) لظهور فسقه بخلاف من يخفيه لانه فاسق مستور عينى قال المصنف وانما قيدنا بالسلف تبعا لكلامهم والا فالاولى أن يقال سب مسلم لسقوط العدالة بسب المسلم وان لم يكن من السلف كما فى السراج والنهاية وفيها الفرق بين السلف والخلف أن السلف الصالح الصدر الاول من التابعين منهم أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه والخلف بالفتح من بعدهم فى الخير وبالسكون فى الشر بحر وفيه عن العناية عن أبى يوسف لا أقبل شهادة من سب الصحابة وأقبلها ممن تبرأ منهم لانه يعتقد دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه بخلاف الساب (شهدا أن أباهما أوصى اليه فان ادعاه صحت) شهادتهما استحسانا كشهادة دائنى الميت ومديونيه والموصى لهما ووصييه لثالث على الايصاء (وان أنكر لا) لان القاضى لا يملك اجبار أحد على قبول الوصية عينى (كما) لا تقبل (لو شهدا أن أباهما الغائب

فيه كلام ذكرته فى حاشيتى على البحر وقد رده السائحانى على صاحب البحر (قوله أو يلعب بنرد) أى اذا علم ذلك فتح (قوله أو طلب) نوع من اللعب كذا فى الهامش قال فى الفتح ولعب الطاب فى بلادنا مثله لانه يرمى ويطرح بلا حساب واعمال فكر وكلما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أولا اهـ قلت ومثله اللعب بالصينية والخاتم فى بلادنا وان تورع ولم يلعب ولكن حضر فى مجلس اللعب بدليل من جلس مجلس الغناء وبه يظهر جهل بعض أهل الورع البارد (قوله أما الشطرنج فلشبهة الاختلاف) أى اختلاف مالك والشافعى فى قولهما باباحته وهو رواية عن أبى يوسف واختارها ابن الشحنة أقول هذه الرواية ذكرها فى المجتبى ولم تشتهر فى الكتب المشهورة بل المشهور الرد على الاباحة وابن الشحنة لم يكن من أهل الاختيار سائحانى وانظر ما فى شرح المنظومة المحبية للاستاذ عبد الغنى اهـ (قوله شرط واحد) اى لحرمته والحاصل أن العدالة انما تسقط بالشطرنج اذا وجد واحد من خمسة القمار وفوت الصلاة بسببه واكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق كما فى فتح القدير أو يذكر عليه فسقا كما فى شرح الوهبانية بحر كذا فى الهامش (قوله على الطريق) قال فى الفتح وأما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلاتيانه الامور المحقرة اهـ (قوله أو يداوم عليه) هذا سادس الستة كذا فى الهامش (قوله قيدوه بالشهرة) قيل لانه اذا لم يشتهر به كان الواقع ليس الا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به وهذا أقرب ومرجعه الى ما ذكر فى وجه تقييد شرب الخمر بالادمان (قوله فالكل سواء) أى كل المفسقات لا خصوص الربا سائحانى (قوله بحر) اصل العبارة للكمال حيث قال والحاصل أن الفسق فى نفس الامر مانع شرعا غير أن القاضى لا يرتب ذلك الا بعد ظهوره له فالكل سواء فى ذلك وقال قبله وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ونصوا انه بمرة وأنت تعلم انه لا بد من الظهور للقاضى لان الكلام فيما يرد به القاضى الشهادة فكأنه بمرة يظهر لانه يحاسب فيعلم انه استنقص من المال اهـ (قوله أو يأكل على الطريق) أى بأن يكون بمرأى من الناس بحر ثم اعلم انهم اشترطوا فى الصغيرة الادمان وما شرطوه فى فعل ما يخل بالمروءة فيما رأيت وينبغى اشتراطه بالاولى واذا فعل ما يخل بها سقطت عدالته وان لم يكن فاسقا حيث كان مباحا فقفا على المخل بها ليس بفاسق ولا عدل فالعدل من اجتنب الثلاثة والفاسق من فعل كبيرة أو أصر على صغيرة ولم أر من نبه عليه وفى العتابية ولا تقبل شهادة من يعتاد الصياح فى الاسواق بحر قال فى النهاية وأما اذا شرب الماء أو أكل الفواكه على الطريق لا يقدح فى عدالته لان الناس لا تستقبح ذلك منح س (قوله أوصى اليه) أى الى زيد والاولى اظهاره (قوله فان ادعاه) أى رضى به سعدية وعزمية (قوله والموصى لهما) أورد على هذا أن الميت اذا كان له وصيان فالقاضى لا يحتاج الى نصب آخر وأجيب بأنه يملكه لاقرارهما بالعجز عن القيام بأمور الميت كذا فى البحر (قوله لثالث) أى لرجل ثالث متعلق بشهادة كقوله على الايصاء اى على أن الميت جعله وصيا وهذا مرتبط بالمسائل الاربع لا بالاخيرة كما لا يخفى فافهم وفى البحر ولا بد من كون الموت معروفا فى الكل أى ظاهرا الا فى مسألة المديونين لانهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موته باقرارهما فى حقهما وقيل معنى الثبوت أمر القاضى اياهما بالاداء اليه لا ابراؤهما عن الدين بهذا الاداء لان استيفاءه منهما حق عليهما والبراءة حق لهما فلا تقبل كذا فى الكافى اهـ ملخصا (قوله على قبول الوصية) ظاهر فى أن الوصى من جهة القاضى خلافا لما فى البحر (قوله كما لا تقبل لو شهدا الخ) هذا اذا كان المطلوب يجحد الوكالة والا جازت الشهادة لانه يجبر على دفع المال باقراره بدون الشهادة وانما قامت الشهادة لابراء المطلوب عند الدفع الى الوكيل اذا حضر الطالب وأنكر الوكالة فكانت شهادة على أبيهما فتقبل وفرق بينها وبين من وكل رجلا بالخصومة فى دار بعينها وقبضها وشهد ابنا الموكل بذلك لا تقبل وان أقر المطلوب بالوكالة لانه لا يجبر على دفع الدار الى الوكيل بحكم اقراره بل بالشهادة فكانت لابيهما فلا تقبل بحر ملخصا عن المحيط (قوله أباهما) أشار الى عدم قبول شهادة ابن الوكيل مطلقا بالاولى والمراد عدم قبولها فى الوكالة من كل من لا تقبل شهادته للموكل وبه صرح فى البزازية بحر (قوله الغائب) قيد به لانه لو كان حاضرا لا يمكن الدعوى بها ليشهدا لان التوكيل لا تسمع الدعوى به لانه من العقود الجائزة لكن يحتاج الى بيان صورة شهادتهما فى

غيبته مع جحد الوكيل لانها لا تسمع الا بعد الدعوى ويمكن أن تصور بأن يدعى صاحب وديعة عليه بتسليم وديعة الموكل فى دفعها فيجحد فيشهدان به وبقبض ديون أبيهما وانما صوّرناه بذلك لان الوكيل لا يجبر على فعل ما وكل به الا فى ردّ الوديعة ونحوها كما سيأتى فيها بحر وفيه نظر بيناه فى حاشيته فتدبر (قوله عن الغائب) لعدم الضرورة اليه لوجود رجاء حضوره س قال فى البحر بعد ذكر الغائب الا فى المفقود (قوله بعد) وكذا قبله بالاولى فكان الاولى أن يقول ولو بعد ما عزله القاضى ودلت المسألة على أن القاضى اذا عزل الوصىّ ينعزل بزازية ويمكن أن يقال عزله بجنحة (قوله ولو شهد الخ) أصل المسألة فى البزازية حيث قال وكله بطلب ألف درهم قبل فلان والخصومة فخاصم عند غير القاضى ثم عزل الوكيل قبل الخصومة فى مجلس القضاء ثم شهد الوكيل بهذا المال لموكله يجوز وقال الثانى لا يجوز بناء على أن نفس الوكيل قام مقام الموكل اهـ فالمراد هنا انه خاصم فيما وكل به فان خاصم فى غيره ففيه تفصيل أشار اليه الشارح فيما يأتى اهـ ونقل فى الهامش فرعا هو ادّعى المشترى انه باعه من فلان وفلان يجحد فشهد له البائع لم تقبل كذا فى المحيط والبائع اذا شهد لغيره بما باع لا تقبل شهادته وكذا المشترى كذا فى فتاوى قاضى خان فتاوى الهندية اهـ (قوله كالوصىّ) بناء على أن عنده بمجرد قبول الوكالة يصير خصما وان لم يخاصم ولهذا لو أقرّ على موكله فى غير مجلس القضاء نفذ اقراره عليه وعندهما لا يصير خصما بمجرد القبول ولهذا لا ينفذ اقراره ذخيرة ملخصا (قوله وفى قسامة الزيلعىّ الخ) المسألة مبسوطة فى الفصل السادس والعشرين من التاترخانية (قوله متفق عليهما) فيه أن أبا يوسف جعل الوكيل كالوصىّ وان لم يخاصم مع انه بعرضة أن يخاصم (قوله عندهما) أى خلافا للثانى كما تقدّم ح (قوله أو عليه) أى أو شهد عليه أى على الموكل (قوله وفى البزازية) بيان لقوله فى غير ما وكل فيه (قوله عند القاضى) متعلق بوكل لا بالخصومة (قوله مائة دينار) أى مال غير الموكل به بخلاف ما مرّ (قوله وتمامه فيها) حيث قال بخلاف ما لو وكله عند غير القاضى فخاصم مع المطلوب بألف وبرهن على الوكالة ثم عزله الموكل عنها فشهد له على المطلوب بمائة دينار فما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة لا يقبل لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصما فى حقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد العزل بالدنانير شهادة الخصم فلا تقبل بخلاف الاول لان علم القاضى بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصما فى غير ما وكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل فى حق آخر اهـ بزيادة من جامع الفتاوى وزاد فى الذخيرة الا أن يشهد بمال حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ تقبل شهادتهما عنده اهـ ولهذا قال فى البزازية بعد ما مرّ وهذا غير مستقيم فيما يحدث لان الرواية محفوظة فيما اذا وكله بالخصومة فى كل حق له وقبضه على رجل يعنى انه لا يتناول الحادث أما اذا وكله بطلب كل حق له قبل الناس أجمعين فالخصومة تنصرف الى الحادث أيضا استحسانا فاذا تحمل المذكورة على الوكالة العامة ثم قال والحاصل انه فى الوكالة العامة بعد الخصومة لا تقبل شهادته لموكله على المطلوب ولا على غيره فى القائمة ولا فى الحادثة الا فى الواجب بعد العزل اهـ يعنى وأما فى الخاصة فلا تقبل فيما كان على المطلوب قبل الوكالة وتقبل فى الحادث بعدها أو بعد العزل وانما جاء عدم الاستقامة بالتقييد بقوله بما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة ولذا لم يتقيد بذلك فى الذخيرة بل صرّح بعده بأن الحادث تقبل فيه كما قدمناه فاغتنم هذا التحرير اهـ وذكر فى الهامش عبارة جامع الفتاوى ونصها لانه فى الفصل الثانى لما اتصل القضاء بها أى بالوكالة صار الوكيل خصما فى جميع حقوق الموكل على غرمائه فاذا شهد بالدنانير فقد شهد بما هو خصم فيه وفى الاول علم القاضى بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصما فكان فى غير ما وكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل فى حق آخر اهـ (قوله شهادة اثنين الخ) راجع الفصل الرابع والعشرين من التاترخانية (قوله فى ذلك) أى فيما فى الذمة وانما تثبت الشركة فى المقبوض بعد القبض ووجه قول أبى يوسف بعدم القبول أن أحد الفريقين اذا قبض شيأ من التركة بدينه شاركه الفريق الآخر فصار كل شاهدا لنفسه (قوله بخلاف الوصية بغير عين) كما اذا شهد أن الميت أوصى لرجلين بألف فادّعى الشاهدان أن الميت أوصى لهما بألف وشهد الموصى لهما أن الميت أوصى للشاهدين بألف لا تقبل الشهادتان لان حق الموصى له تعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة فصار كل واحد من الفريقين مثبتا لنفسه حق المشاركة فى التركة فلا تصح شهادتهما واحترز

بالوصية

وكله بقبض ديونه وادّعى الوكيل أو أنكر) والفرق أن القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب بخلاف الوصىّ (شهد الوصىّ) أى وصىّ الميت (بحق للميت) بعد ما عزله القاضى عن الوصاية ونصب غيره أو بعد ما أدرك الورثة (لا تقبل) شهادته للميت فى ماله أو غيره (خاصم أولا) لحلول الوصىّ محل الميت ولذا لا يملك عزل نفسه بلا عزل قاض فكان كالميت نفسه فاستوى خصامه وعدمه بخلاف الوكيل فلذا قال (ولو شهد الوكيل بعد عزله للموكل ان خاصم) فى مجلس القاضى ثم شهد بعد عزله (لا تقبل) اتفاقا للتهمة (والا قبلت) لعدمها خلافا للثانى لجعله كالوصىّ سراج وفى قسامة الزيلعىّ كل من صار خصما فى حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية أن يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل وهذان الاصلان متفق عليهما وتمامه فيه قيدنا بمجلس القاضى لانه لو خاصم فى غيره ثم عزله قبلت عندهما كما لو شهد فى غير ما وكل فيه أو عليه جامع الفتاوى وفى البزازية وكله بالخصومة عند القاضى فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضى ثم عزله فشهد أن لموكله على المطلوب مائة دينار تقبل بخلاف ما لو وكله عند غير القاضى وخاصم وتمامه فيها (كما قبلت عندهما خلافا للثانى (شهادة اثنين بدين على الميت لرجلين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت) لان كل فريق يشهد بالدين فى الذمة وهى تقبل حقوقا شتى فلم تقع الشركة له فى ذلك بخلاف الوصية بغير عين كما فى وصايا المجمع وشرحه

وسيجيء ثمة (و) كـ(شهادة وصيين لوارث كبير) على أجنبيّ (في غير مال الميت) فانها مقبولة في ظاهر الرواية كما لو شهد الوصيان على اقرار الميت بشيء معين لوارث بالغ تقبل بزازية (ولو) شهدا (في ماله) أي الميت (لا) خلافا لهما ولو لصغير لم تجز اتفاقا وسيجيء في الوصايا

(كـ) ما لا تقبل (الشهادة على جرح) بالفتح أي فسق (مجرّد) عن اثبات حق لله تعالى او للعبد فان تضمنته قبلت والالا (بعد التعديل و) لو (قبله قبلت) اى الشهادة بل الاخبار ولو من واحد على الجرح المجرّد كذا اعتمده المصنف تبعا لما قرّره صدر الشريعة وأقرّه منلا خسرو وأدخله تحت قولهم الدفع اسهل من الرفع وذكر وجهه وأطلق ابن الكمال ردّها تبعا لعامة الكتب وذكر وجهه وظاهر كلام الواني وعزمي زاده الميل اليه وكذا القهستاني حيث قال وفيه أن القاضي لم يلتفت لهذه الشهادة ولكن يزكى الشهود سرّا وعلنا فان عدّلوا قبلها وعزاه للمضمرات وجعله البرجندي على قولهما لا قوله فتنبه (مثل أن يشهدوا على شهود المدّعى) على الجرح المجرّد (بأنهم فسقة اوزناة أو اكلة الربا أوشربة الخمر أو على اقرارهم انهم شهدوا بزور أو أنهم اجراء في هذه الشهادة أو أن المدّعى مبطل في هذه الدعوى أو أنه لا شهادة لهم على المدّعى عليه في هذه الحادثة) فلا تقبل بعد التعديل بل قبله درر واعتمده المصنف (وتقبل لو شهدوا على) الجرح المركب كـ(اقرار المدّعى بفسقهم أو اقراره بشهادتهم بزور أو بأنه استأجرهم على هذه الشهادة) أو على اقرارهم انهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه الحق عيني

بالوصية بغير عين عن الوصية بها كما لو شهدا انه أوصى لرجلين بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين الاولين انه أوصى لهما بعين اخرى فانها تقبل الشهادتان اتفاقا لانه لا شركة ولا تهمة اه ح كذا في الهامش (قوله على أجنبيّ) الظاهر أنه غير قيد تأمل (قوله حق الله تعالى) ولو كان الحق تعزيرا وانظر باب التعزير من البحر عند قوله يا فاسق يا زاني (قوله والالا) تكرار س (قوله بعد التعديل) ولو قبله قبلت ذكر في البحر أن التفصيل انما هو اذا ادّعاه الخصم وبرهن عليه جهرا أما اذا أخبر القاضي به سرّا وكان مجرّدا طلب منه البرهان عليه فاذا برهن عليه سرّا أبطل الشهادة لتعارض الجرح والتعديل فيقدّم الجرح فاذا قال الخصم للقاضي سرّا انّ الشاهد أكل ربا وبرهن عليه ردّ شهادته كما أفاده في الكافي اه ووجهه انه لو كان البرهان جهرا لا يقبل على الجرح المجرّد لفسق الشهود به باظهار الفاحشة بخلاف ما اذا شهدوا سرّا كما بسطه في البحر وحاصله انها تقبل على الجرح ولو مجرّدا أو بعد التعديل لو شهدوا به سرّا وبه يظهر أنه لا بدّ من التقييد لقول المصنف لا تقبل بعد التعديل بما اذا كان جهرا وظاهر كلام الكافي أنّ الخصم لا يضرّه الاعلان بالجرح المجرّد كما في البحر أى لانه اذا لم يشتبه بالشهود سرّا وفسق باظهار الفاحشة لا يسقط حقه بخلاف الشهود فانها تسقط شهادتهم بفسقهم بذلك وكذا يقبل عند سؤال القاضي قال في البحر أوّل الباب المارّ وقد ظهر من اطلاق كلامهم هنا أنّ الجرح يقدّم على التعديل سواء كان مجرّدا أولا عند سؤال القاضي عن الشاهد والتفصيل الآتي من انه ان كان مجرّدا لا تسمع البينة به أولا فتسمع انما هو عند طعن الخصم في الشاهد علانية اه هذا وقد مرّ قبل هذا الباب انه لا يسأل عن الشاهد بلا طعن من الخصم وعندهما يسأل مطلقا والفتوى على قولهما من عدم الاكتفاء بظاهر العدالة وحينئذ فكيف يصح القول بردّ الشهادة على الجرح المجرّد قبل التعديل وأجاب الساتحاني بأن من قال تقبل أراد أنه لا يكفي حينئذ ظاهر العدالة ومن قال تردّ أراد أن التعديل لو كان ثابتا أو أثبت بعد ذلك لا يعارضه الجرح المجرّد فلا تبطل العدالة اه ويشير الى هذا قول ابن الكمال فان قلت أليس الخبر عن فسق الشهود قبل اقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضي عن قبول شهادتهم والحكم بها قلت نعم لكن ذلك للطعن في عدالتهم لا لسقوط امر يسقطهم عن حيز القبول ولذا لو عدّلوا بعد هذا تقبل شهادتهم ولو كانت الشهادة على فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل اه وهذا معنى كلام القهستاني وكذلك كلام صدر الشريعة ومنلا خسرو يرجع الى ما ذكره ابن الكمال (قوله وجعله البرجندي) أقول المتبادر منه رجوعه الى قوله لكن يزكى الشهود سرّا وعلنا أما على قول الامام فيكتفى بالتزكية علنا كما تقدّم وهذا محله ما اذا لم يطعن الخصم أما اذا طعن كما هنا فلا اختلاف بل هو على قول الكل من انهم يزكون سرّا وعلنا فتأمّل وراجع ولعل هذا هو وجه امر الشارح بقوله فتنبه س والظاهر أن الضمير راجع الى الاطلاق المفهوم من قوله وأطلق الكمال (قوله أو زناة الخ) اى عادتهم الزنى أو أكل الربا أو الشرب وفي هذا لا يثبت الحدّ بخلاف ما يأتى من انهم زنوا أو سرقوا مني الخ لانها شهادة على فعل خاص موجب للحدّ هذا ما ظهر لى (فرع) ذكره في الهامش ومن ادّعى ملكا لنفسه ثم شهد أنه ملك غيره لا تقبل شهادته ولو شهد بملك لانسان ثم شهد به لغيره لا تقبل ولو ابتاع شيأ من واحد ثم شهد به لآخر تردّ شهادته ولو برهن أنّ الشاهد أقرّ أنه ملكي يقبل والشاهد لو أنكر الاقرار لا يحلف جامع الفصولين في الرابع عشر اه (قوله فلا تقبل) تكرار مع ما مرّ (قوله واعتمده المصنف) قال وانما لم تقبل هذه الشهادة بعد التعديل لانّ العدالة بعد ما ثبتت لا ترتفع الا باثبات حق الشرع أو العبد كما عرفت وليس في شيء مما ذكر اثبات واحد منهما بخلاف ما اذا وجدت قبل التعديل فانها كافية في الدفع كما مرّ كذا قاله منلا خسرو وغيره فان قلت لا نسلم انه ليس فيما ذكر اثبات واحد منهما يعني حق الله تعالى وحق العبد لانّ اقرارهم بشهادة الزور أو شرب الخمر مع ذهاب الرائحة موجب للتعزير وهو هنا من حقوق الله تعالى قلت الظاهر أن مرادهم بما يوجب حقا لله تعالى الحدّ لا التعزير لقولهم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة لانّ التعزير حق الله تعالى يسقط بالتوبة بخلاف الحدّ لا يسقط بها والله تعالى أعلم اه قلت لكن صرّح في تعزير البحر أن الحق لله تعالى لا يختص بالحدّ بل أعمّ منه ومن التعزير وصرّح هنالك أيضا بأن التعزير لا يسقط بالتوبة الا أن يقال ان مراده به ما كان حقا للعبد لا يسقط بها تأمّل (قوله كاقرار المدّعى) قال في البحر لا يدخل تحت

(أو أنهم عبيد أو محدودون بقذف) أو أنه ابن المدعى أو أبوه عناية أو قاذف والمقذوف يدعيه (أو أنهم زنوا ووصفوه أو سرقوا منى كذا) ومنه (أو شربوا الخمر ولم يتقادم العهد) كما مر فى بابه أو قتلوا النفس عمدا) عينى (أو شركاء المدعى) أى والمدعى مال (أو أنه استأجرهم بكذا لها) للشهادة (وأعطاهم ذلك مما كان لى عنده) من المال ولو لم يقله لم تقبل لدعواه الاستئجار لغيره ولا ولاية له عليه (أو أنى صالحتهم على كذا ودفعته اليهم) اى رشوة والا فلا صلح بالمعنى الشرعى ولو قال ولم أدفعه لم تقبل (على ان لا يشهدوا على زورا و) قد (شهدوا زورا) وأنا اطلب ما اعطيتهم وانما قبلت فى هذه الصور لانها حق الله تعالى أو العبد فمست الحاجة لاحيائهما (شهد عدل فلم يبرح) عن مجلس القاضى ولم يطل المجلس ولم يكذبه المشهود له (حتى قال أوهمت) اخطأت (بعض شهادتى ولا مناقضة قبلت) شهادته بجميع ما شهد به لو عدلا ولو بعد القضاء وعليه الفتوى خانية وبحر قلت لكن عبارة الملتقى تقتضى قبول قوله أوهمت وأنه يقضى بما بقى وهو مختار السرخسى وغيره وظاهر كلام الاكمل وسعدى ترجيحه فتنبه وتبصر (وان) قاله الشاهد (بعد قيامه عن المجلس لا) تقبل على الظاهر احتياطا وكذا لو وقع الغلط فى بعض الحدود أو النسب هداية

الجرح ما اذا برهن على اقرار المدعى بفسقهم أو أنهم أجراء أو لم يحضروا الواقعة أو على انهم محدودون فى قذف أو على رق الشاهد أو على شركة الشاهد فى العين وكذا قال فى الخلاصة للخصم أن يطعن بثلاثة أشياء أن يقول هما عبدان أو محدودان فى قذف أو شريكان فاذا قال هما عبدان يقال للشاهدين أقيما البينة على الحرية وفى الآخرين يقال للخصم أقم البينة انهما كذلك اهـ فعلى هذا الجرح فى الشاهد اظهار ما يخل بالعدالة لا بالشهادة مع العدالة فادخال هذه المسائل فى الجرح المقبول كما فعل ابن الهمام مردود بل من باب الطعن كما فى الخلاصة وفى خزانة الاكمل لو برهن على اقرار المدعى بفسقهم أو بما يبطل شهادتهم يقبل وليس هذا بجرح وانما هو من باب اقرار الانسان على نفسه اهـ وهذا لا يرد على المصنف فكان على الشارح أن لا يذكر قوله الجرح المركب فانها زيادة ضرر (قوله بقذف) لان من تمام حده رد شهادته وهو من حقوق الله تعالى (قوله ولم يتقادم العهد) بأن لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى قيد بعدم التقادم اذ لو كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحد متقادم مردودة منح وما ذكره المصنف بقوله ولم يتقادم العهد وفق به الزيلعى بين جعلهم هم زناة شربة الخمر من المجرد وجعلهم زنوا أو سرقوا من غيره ونقل عن المقدسى أن الاظهر أن قولهم زناة أو فسقة أو شربة أو أكلة ربا اسم فاعل وهو قد يكون بمعنى الاستقبال فلا يقطع بوصفهم بما ذكر بخلاف الماضى اهـ ملخصا وهو حسن جدا لانه هو المتبادر من تخصيصهم فى التمثيل للاول باسم الفاعل وللثانى بالماضى (قوله أو شركاء) فيما اذا كانت الشهادة فى شركتهما منح والمراد أن الشاهد شريك مفاوض فهما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يراد أنه شريكه فى المدعى به والا كان اقرارا بأن المدعى به لهما فتح ومثله فى القهستانى وما فى البحر من حمله على الشركة عقدا يشمل بعمومه العنان ولا يلزم منه نفع الشاهد فكأنه سبق قلم وعلى ما قلنا فقول الشارح والمدعى مال اى مال تصح فيه الشركة ليخرج نحو العقار وطعام أهله وكسوتهم مما لا تصح فيه (قوله أو انى صالحتهم) اى شهدوا على قول المدعى انى صالحتهم الخ (قوله اى رشوة) قاله فى السعدية (قوله فلم يبرح) لانه لو قام لم يقبل منه ذلك لجواز أنه غره الخصم بالدنيا بحر (قوله أخطأت) قال فى البحر معنى قوله اوهمت أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره او بزيادة كانت باطلة كذا فى الهداية اهـ (قوله بعض شهادتى) منصوب على نزع الخافض اى فى بعض شهادتى سعدية (قوله قبلت شهادته) قال فى المنح واختاره فى الهداية لقوله فى جواب المسألة جازت شهادته وقيل يقضى بما بقى ان تداركه بنقصان وان بزيادة يقضى بها ان ادعاها المدعى لان ما حدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عندها واليه مال شمس الائمة السرخسى واقتصر عليه قاضى خان وعزاه الى الجامع الصغير اهـ (قوله لو عدلا) تكرار مع المتن س (قوله وعليه الفتوى) اى على قوله ولو بعد القضاء (قوله بما بقى) اى أو بما زاد كما صرح به غيره ومثله فى البحر قال وعليه فمعنى القبول العمل بقوله الثانى (قوله فتنبه وتبصر) فى كلام الشارح عفى عنه فى هذا المقام نظر من وجوه * الاول أن قوله ولو بعد القضاء ليس فى محله لان الضمير فى قول المصنف قبلت راجع الى الشهادة كما نص عليه فى المنح وهو مقتضى صنيعه هنا وحينئذ فلا معنى لقبولها بعد القضاء بل الصواب ذكره بعد عبارة الملتقى * الثانى انه لا محل للاستدراك هنا لان فى المسألة قولين ولا يقبل الاستدراك بقول على آخر الا أن يعتبر الاستدراك بالنظر الى ترجيح الثانى * الثالث أن قوله وكذا لو وقع الغلط فى بعض الحدود أو النسب يقتضى انه مفرع على القول المذكور فى المتن وليس كذلك * الرابع انه يقتضى انه لا يقبل قوله بذلك وليس كذلك وعبارة الزيلعى تدل على ما قلنا من أوجه النظر المذكورة حيث قال ثم قيل يقضى بجميع ما شهد به أولا حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت فى خمسمائة يقضى بألف لان المشهود به أولا صار حقا للمدعى ووجب على القاضى القضاء به فلا يبطل برجوعه وقيل يقضى بما بقى لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة ثم قال وذكر فى النهاية أن الشاهد اذا قال أوهمت فى الزيادة أو فى النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه عن أبى حنيفة وعلى هذا لو وقع الغلط فى ذكر بعض حدود العقار أو فى بعض النسب ثم تذكر تقبل لانه قد يبتلى به فى مجلس القضاء فذكره ذلك للقاضى دليل على صدقه واحتياطه فى الامور اهـ فتأمل (قوله أو النسب) بأن قال محمد بن على بن عمران فتداركه فى المجلس قبل وبعده وقوله بعض

(بينة انه) اى المجروح (مات من الجرح اولى من بينة الموت بعد البرء) ولو (اقام اولياء مقتول بينة على أن زيدا جرحه وقتله وأقام زيد بينة على أن المقتول قال ان زيدا لم يجرحني ولم يقتلني فبينة زيد أولى من بينة أولياء المقتول) مجمع الفتاوى (وبينة الغبن) من يتيم بلغ (اولى من بينة كون القيمة) اى قيمة ما اشتراه من وصيه فى ذلك الوقت (مثل الثمن) لانها تثبت امرا زائدا ولان بينة الفساد ارجح من بينة الصحة درر خلافا لما فى الوهبانية أما بدون البينة فالقول لمدعى الصحة منية (وبينة كون المتصرف) فى نحو تدبير أو خلع أو خصومة (ذا عقل اولى من بينة) الورثة مثلا (كونه مخلوط العقل أو مجنونا) ولو قال الشهود لا ندرى كان فى صحة او مرض فهو على
٢ المرض ولو قال الوارث كان يهذى يصدق حتى يشهدا انه كان صحيح العقل بزازية (وبينة الاكراه) فى اقراره (أولى من بينة الطوع) ان ارخا واتحد تاريخهما فان اختلفا او لم يؤرخا فبينة الطوع اولى ملتقط وغيره واعتمده المصنف وابنه وعزمى زاده (فروع) بينة الفساد اولى من بينة الصحة شرح وهبانية وفى الاشباه اختلف المتبايعان فى الصحة والبطلان فالقول لمدعى البطلان وفى الصحة والفساد لمدعى الصحة الا فى مسألة الاقالة

٢ قوله بينة كون البائع معتوها الخ هكذا فى النسخة المجموع منها وليتأمل فيه مع قول المصنف وبينة المتصرف ذا عقل الخ وليحرر اه مصححه

المحدود بأن ذكر الشرقى مكان الغربى ونحوه فتح (قوله اولى من بينة الموت) نقل الشيخ غانم خلافه عن الخلاصة وغيرها فراجعه وأفتى المفتى أبو السعود بخلافه وذكر فى البحر مسائل فى تعارض البينات وترجيحها فى الباب الآتى عند قوله ولو شهدا أنه قتل زيدا يوم النحر الخ وذكر فى الهامش مسائل فى تعارض البينات هى قع أقامت الامة بينة أن مولاها دبرها فى مرض موته وهو عاقل وأقامت الورثة بينة انه كان مخلوط العقل فبينة الامة اولى وكذا اذا خالع امرأته ثم أقام الزوج بينة انه كان مجنونا وقت الخلع والمرأة على انه كان عاقلا فبينة المرأة اولى فى الفصلين زوج الاب بنته البالغة من رجل على انه يعطيه ألفا فأعطاه ثم ادعت البنت أن الالف مهرها وادعى الاب انه له لا لاجل فقتانلق وأقاما البينة فبينة البنت اولى لان بينتها تثبت الوجوب فى النكاح وبينته تثبت الرشوة حاوى الزاهدى ولو ادعى أحدهما البيع بالتلجئة وأنكر الآخر فالقول لمدعى الجد بيمينه ولو برهن أحدهما قبل ولو برهنا فالتلجئة كما سبق فى البيع تعارضت بينتا صحة الوقف وفساده فان الفساد لشرط فى الوقف مفسد فبينة الفساد أولى وان كان لمعنى فى المحل وغيره فبينة الصحة اولى وعلى هذا التفصيل اذا اختلف البائع والمشترى فى صحة البيع وفساده باقانى على الملتقى بينة انه باعها فى البلوغ اولى من بينة انه باعها فى صغره حاوى الزاهدى اذا تعارضت بينة القدم والحدوث ففى البزازية والخلاصة بينة القدم اولى وفى ترجيح البينات للبغدادى عن القنية بينة الحدوث اولى وذكر العلائى فى شرح الملتقى أن بينة القدم اولى فى البناء وبينة الحدوث اولى فى الكنيف اه حامدية ولو ظهر جنونه وهو مفيق يجحد الافاقة وقت بيعه فالقول له وبينة الافاقة اولى من بينة الجنون وعن أبى يوسف اذا ادعى شراء الدار فشهد شاهدان أنه كان مجنونا عندما باعه وآخران انه كان عاقلا فبينة العقل وصحة البيع اولى اذا اختلف المتبايعان فى صحة العقد وفساده فانما يجعل القول لمن يدعى الصحة والبينة بينة من يدعى الفساد ولو قال لا دعوى على تركة اخى اولا حق فى تركة اخى وهو أحد الورثة لا يبطل ولا يدفع الورثة بهذا اللفظ بحر عن النوادر اه (قوله من يتيم بلغ) متعلق ببينة (قوله ما اشتراه) اى المشترى (قوله من وصيه) اى وصى اليتيم (قوله ذا عقل) بينة كون البائع معتوها أولى من بينة كونه عاقلا غانم البغدادى (قوله فهو على المرض) لان تصرفه أدنى من تصرف الصحة فيكون متيقنا وانظر نسخة السائحانى قال محرر هذه الحواشى الذى فى السائحانى هو قوله ولو قال الشهود لا ندرى كان فى صحة أو مرض فهو على المرض اى لان تصرفه أدنى من تصرف الصحة فيكون متيقنا وفى جامع الفتاوى ولو ادعى الزوج بعد وفاتها انها كانت أبرأته من الصداق حال صحتها وأقام الوارث بينة انها أبرأته فى مرض موتها فبينة الصحة أولى وقيل بينة الورثة أولى ولو أقر لوارث ثم مات فقال المقر له أقر فى صحته وقال بقية الورثة فى مرضه فالقول للورثة والبينة للمقر له وان لم يقم بينة وأرادوا استحلافهم له ذلك ادعت المرأة البراءة عن المهر بشرط وادعاها الزوج مطلقا وأقاما البينة فبينة المرأة أولى ان كان الشرط متعارفا يصح الابراء معه وقيل البينة من الزوج أولى ولو أقامت المرأة بينة على المهر على أن زوجها كان مقرا به يومنا هذا وأقام الزوج بينة انها أبرأته من هذا المهر فبينة البراءة اولى وكذا فى الدين لان بينة مدعى الدين بطلت كاقرار المدعى عليه بالدين ضمن دعواه البراءة كشهود بيع واقالة فان بينتهما لم يبطلها شىء وتبطل بينة البيع لان دعوى الاقالة اقرار به وقوله فهو على المرض لم يذكر ما اذا اختلفا فى الصحة والمرض وفى الانقروى ادعى بعض الورثة أن المورث وهبه شيأ معينا وقبضه فى صحته وقالت البقية كان فى المرض فالقول لهم وان أقاموا البينة فالبينة لمدعى الصحة ولو ادعت أن زوجها طلقها فى مرض الموت ومات وهى فى العدة وادعى الورثة انه فى الصحة فالقول لها وان برهنا وقتا واحدا فبينة الورثة أولى اه هذا ما وجدته فيها (قوله أولى من بينة الطوع) قال ابن الشحنة

وبينتا كره وطوع اقيمتا * فتقديم ذات الكره صحح الاكثر

قال فى الهامش تعارضت بينة الاكراه والطوع فى البيع والصلح والاقرار فبينة الاكراه أولى باقانى على الملتقى وخانية فى أحكام البيوع الفاسدة وترجيح البينات وبينة الرجوع عن الوصية أولى من بينة كونه موصيا مصرا الى الوفاة أبو السعود وحامدية (قوله لمدعى البطلان) لانه منكر للعقد (قوله لمدعى الصحة) مفاده أن البينة بينة الفساد فيوافق ما قبله (قوله الا فى مسألة الاقالة) كما لو ادعى المشترى انه باع المبيع من البائع

وفى الملتقط اختلفا فى البيع والرهن فالبيع أولى اختلفا فى البتات والوفاء فالوفاء أولى استحسانا شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل كأن شهدا بالدار بلا ذكر انها فى يد الخصم فشهد به آخران أو شهدا بالملك بالحدود وآخران بالحدود أو شهدا على الاسم والنسب ولم يعرفا الرجل بعينه فشهد آخران انه المسمى به درر شهد واحد فقال الباقون نحن نشهد كشهادته لم تقبل حتى يتكلم كل شاهد ٢ بشهادته وعليه الفتوى شهادة النفى المتواتر مقبولة * الشهادة اذا بطلت فى البعض بطلت فى الكل الا فى عبد بين مسلم ونصرانى فشهد نصرانيان عليهما بالعتق قبلت فى حق النصرانى فقط اشباه قلت وزاد محشيها خمسة أخرى معزية للبزازية

(باب الاختلاف فى الشهادة)

مبنى هذا الباب على اصول مقررة منها أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى بخلاف حقوقه تعالى ومنها أن الشهادة بأكثر من المدعى باطلة بخلاف الاقل للاتفاق فيه ومنها أن الملك المطلق أزيد من المقيد لثبوته من الاصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب ومنها موافقة الشهادتين لفظا ومعنى وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط وسيتضح (تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبولها) لتوقفها على مطالبتهم ولو بالتوكيل بخلاف حقوق الله تعالى لوجوب اقامتها على كل أحد فكل احد خصم فكان الدعوى موجودة

بأقل من الثمن قبل النقد وادعى البائع الاقالة فالقول للمشترى مع انه يدعى فساد العقد ولو كان على القلب تحالفا أشباه (قوله وفى الملتقط) انظر ما كتبناه قبيل الكفالة (قوله شهادة النفى المتواتر مقبولة) بخلاف غيره فلا يقبل سواء كان نفيا صورة أو معنى وسواء أحاط به علم الشاهد أولا كما مر فى باب اليمين فى البيع والشراء نعم تقبل بينة النفى فى الشروط كما قدمناه هنالك وذكر فى الهامش فى النوادر عن الثانى شهدا عليه بقول أو فعل يلزم عليه بذلك اجارة أو بيع أو كتابة أو طلاق أو عتاق أو قتل أو قصاص فى مكان أو زمان وصفات فبرهن المشهود عليه انه لم يكن ثمة يومئذ لا تقبل لكن قال فى المحيط فى الحادى والخمسين ان تواتر عند الناس وعلم الكل عدم كونه فى ذلك المكان والزمان لا تسمع الدعوى ويقضى بفراغ الذمة لانه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة ما لم يدخله الشك عدنا الى الكلام الثانى وكذا كل بينة قامت على أن فلانا لم يقل ولم يفعل ولم يقر وذكر الناطفى أمن الامام اهل مدينة من دار الحرب فاختلطوا بمدينة اخرى وقالوا كنا جميعا فشهدا انهم لم يكونوا وقت الامان فى تلك المدينة يقبلان اذا كانا من غيرهم بزازية وذكر الامام السرخسى أن الشرط وان نفيا كقوله ان لم ادخل الدار اليوم فامرأته كذا فبرهنت على عدم الدخول اليوم يقبل حلفه ان لم تأت صهرتى فى الليلة ولم آكلها فشهدا على عدم الاتيان والكلام يقبل لان الغرض اثبات الجزاء كما لو شهدا اثنان انه أسلم واستثنى وآخران بلا استثناء يقبل ويحكم باسلامه بزازية (قوله خمسة اخرى) * الاولى قال لعبده ان دخلت هذه الدار فأنت حر وقال نصرانى ان دخل هو هذه الدار فامرأته طالق فشهد نصرانيان على دخوله الدار ان العبد مسلما لا تقبل وان كافرا تقبل فى حق وقوع الطلاق لا العتق * الثانية لو قال ان استقرضت من فلان فعبده حر فشهد رجل وأبو العبد أنه استقرض من فلان والحالف ينكر يقبل فى حق المال لا فى حق عتق لان فيها شهادة الاب للابن * الثالثة لو قال ان شربت الخمر فعبده حر فشهد رجل وامرأتان على تحققه يقبل فى حق العتق لا فى حق لزوم الحد * الرابعة لو قال ان سرقت فعبده حر فشهد رجل وامرأتان عليه بها يقبل فى حق العتق لا فى حق القطع الكل من البزازية * قلت ثم رأيت مسألة اخرى فزدتها وهى الخامسة لو قال لها ان ذكرت طلاقك ان سميت طلاقك ان تكلمت به فعبده حر فشهد شاهد انه طلقها اليوم والآخر على طلاقها أمس يقع الطلاق لا العتاق وهى فى البزازية أيضا كذا فى حاشية تنوير البصائر اهـ وزاد البيرى ما فى خزانة الاكمل من اللقطة وذلك لقطة فى يد مسلم وكافر فأقام صاحبها شاهدين كافرين عليها تسمع على ما فى يد الكافر خاصة استحسانا وما لو مات كافر فاقتسم ابناه تركته ثم اسلم احدهما ثم شهد كافران على ابيه بدين قبلت فى حصة الكافر خاصة اهـ

(باب الاختلاف فى الشهادة)

(قوله منها أن الشهادة الخ) هذه عبارة الدرر قال محشيها الشرنبلالى ليس من هذا الباب لانه فى الاختلاف فى الشهادة لا فى قبول الشهادة وعدمه اهـ مدنى (قوله بأكثر من المدعى) ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا أو بالنتاج فشهدوا فى الاول بالملك بسبب وفى الثانى بالملك المطلق قبلتا لان الملك بسبب أقل من المطلق لانه يفيد الاولوية بخلافه بسبب فانه يفيد الحدوث والمطلق أقل من النتاج لان المطلق يفيد الاولوية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفى قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث باقانى وتمامه هنالك كذا فى الهامش (قوله باطلة) اى الا اذا وفق وبيانه فى البحر (قوله موافقة الشهادتين الخ) كما لو ادعى دارا فى يد رجل انها له منذ سنة فشهد الشهود أنها منذ عشرين سنة بطلت فلو ادعى المدعى انها منذ عشرين سنة والشهود شهدوا انها منذ سنة جازت شهادتهم خانية وفى الانقروى عن القاعدية فى الشهادات الشهادة لو خالفت الدعوى بزيادة لا يحتاج الى اثباتها او نقصان كذلك فان ذلك لا يمنع قبولها اهـ حامدية وفى الخيرية عن الفصولين ولا يكلف الشاهد الى بيان لون الدابة لانه سئل عما لا يكلف الى بيانه فاستوى ذكره وتركه ويخرج منه مسائل كثيرة اهـ حامدية رجل ادعى فى يد رجل متاعا أو دارا انها له وأقام البينة وقضى القاضى له فلم يقبضه حتى أقام الذى فى يده البينة أن المدعى أقر عند غير القاضى انه لا حق له فيه قال ان شهدوا انه اقر بذلك قبل القضاء بطل القضاء وان شهدوا انه أقر به بعد القضاء لا يبطل القضاء لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاين القاضى

٢ قوله الى الكلام الثانى هكذا فى النسخة المجموع منها ولعل صوابه كلام الثانى بالاضافة وليحرر اهـ مصححه

اقراره بذلك كان الحكم على هذا الوجه خالية من تكذيب الشهود كذا فى الهامش (قوله فاذا وافقتها قبلت) صدّر الباب بهذه المسألة مع انها ليست من الاختلاف فى الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ألا ترى انهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى على من له ادنى بصيرة سعدية وبه ظهر وجه جعل ذلك من الاصول ثم ان التفريع على ماقبله مشعر بما قاله فى البحر من أن اشتراط المطابقة بين الدعوى والشهادة انما هو فيما كانت الدعوى شرطا فيه وتبعه فى تنوير البصائر وهو ظاهر لانّ تقدّم الدعوى اذا لم يكن شرطا كان وجودها كعدمها فلا يضرّ عدم التوافق ثم ان تفريعه على ماقبله لا ينافى كونه أصلا لشئ آخر وهو الاختلاف فى الشهادة فافهم وبما تقرّر اندفع ما فى الشرنبلالية من أن قوله منها أن الشهادة على حقوق العباد الخ ليس من هذا الباب لانه فى الاختلاف فى الشهادة لا فى قبولها وعدمه فتدبر (قوله وهذا احد الاصول الخ) نبه عليه دون ماقبله لدفع توهم عدم أصلية سبب كونه مفرّعا على ماقبله فانه لا تنافى كما قدّمناه والا فماقبله أصل أيضا كما علمته فتنبه (قوله أو ارث) تبع فيه الكنز والمشهور انه كدعوى الملك المطلق كما فى البحر عن الفتح وسيذكره الشارح فلو أسقطه هنا لكان أولى ح (قوله قبلت) فيه قيد فى البحر عن الخلاصة (قوله بأن ادّعى بسبب) اى ادّعى العين لا الدين بحر (قوله بالاكثر) وفيه لا تقبل الا اذا وفق بحر (قوله فى غير دعوى ارث) لانه مساو للملك المطلق كما قدّمناه (قوله ونتاج) لانّ المطلق أقل منه لانه يفيد الاولوية على الاحتمال والنتاج على اليقين وذكر فى الهامش أن الشهادة على النتاج بأن يشهدا أن هذا كان يتبع هذه الناقة ولا يشترط أداء الشهادة على الولادة فتاوى الهندية فى باب تحمل الشهادة عن التتارخانية عن الينابيع اه (قوله وشراء من مجهول) لانّ الظاهر أنه مساو للملك المطلق وكذا فى غير دعوى قرض بحر ومثله شراء مع دعوى قبض فاذا ادّعاهما فشهدا على المطلق تقبل بحر عن الخلاصة وحكى فى الفتح عن العمادية خلافا (قوله ثلاثة وعشرين) لكن ذكر فى البحر بعدها انه فى الحقيقة لا استثناء فراجعه (قوله خشية التطويل) قدّمها الشارح فى كتاب الوقف (قوله بطريق الوضع) اى بمعناه المطابقى وهذا جعله الزيلعى تفسيرا للموافقة فى اللفظ حيث قال والمراد بالاتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادّعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى بأربعة اه والذى يظهر من هذا أن الامام اعتبر توافق اللفظين على معنى واحد بطريق الوضع وأن الامامين اكتفيا بالموافقة المعنوية ولو بالتضمن ولم يشترطا المعنى الموضوع له كل من اللفظين وليس المراد أن الامام اشترط التوافق فى اللفظ والتوافق فى المعنى الوضعى والا أشكل مافرّعه عليه من شهادة أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج وكذا الهبة والعطية فان اللفظين فيهما مختلفان ولكنهما توافقا فى معنى واحد أفاده كل منهما بطريق الوضع ويدل على هذا التوفيق أيضا مانقله الزيلعى عن النهاية حيث قال ان كانت المخالفة بينهما فى اللفظ دون المعنى تقبل شهادتهما وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية وهذا لانّ اللفظ ليس بمقصود فى الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ماصار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة فى ذلك لا تضرّ المخالفة فيما سواها قال هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا اه وهذا بخلاف الفرع السابق الذى نقلناه عنه فان الخمسة معناها المطابقى لا يدل على الاربعة بل تتضمنها ولذا لم يقبلها الامام وقبلها صاحباه لاكتفائهما بالتضمن والحاصل أنه لا يشترط عند الامام الاتفاق على لفظ بعينه بل اما بعينه او بمرادفه وقول صاحب النهاية لانّ اللفظ ليس بمقصود مراده به أن التوافق على لفظ بعينه ليس بمقصود لا مطلقا كما ظنّ فافهم (قوله بالموافقة المعنوية) فان قيل يشكل على قول الكل مالو شهد أحدهما أنه قال لها انت خلية والآخر أنت برية لا يقضى بينونة أصلا مع افادتهما معناها أجيب بمنع الترادف بل هما متباينان لمعنيين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة وتمامه فى الفتح (قوله لاتحاد معناهما) اى مطابقة فصار كأنّ اللفظ متحد أيضا فافهم (قوله ولو شهدا بالاقرار) مقتضاه أنه لا يضرّ الاختلاف بين الدعوى والشهادة فى قول مع فعل بخلاف اختلاف الشاهدين فى ذلك (قوله للجمع بين قول وفعل) بخلاف ما اذا شهد أحدهما بألف للمدّعى على المدّعى عليه وشهد الآخر على اقرار المدّعى عليه بألف فانه يقبل فانه ليس بجمع بين قول

(فاذا وافقتها) اى وافقت الشهادة الدعوى (قبلت والا) توافقها (لا) تقبل وهذا احد الاصول المتقدّمة (فلو ادّعى ملكا مطلقا فشهد به بسبب) كشراء أو ارث (قبلت) لكونها بالاقل مما ادّعى فتطابقا معنى كما مرّ (وعكسه) بأن ادّعى بسبب وشهدا بمطلق (لا) تقبل لكونها بالاكثر كما مرّ قلت وهذا فى غير دعوى ارث ونتاج وشراء من مجهول كما بسطه الكمال واستثنى فى البحر ثلاثة وعشرين (وكذا تجب مطابقة الشهادتين لفظا ومعنى) الا فى اثنتين واربعين مسألة مبسوطة فى البحر وزاد ابن المصنف فى حاشيته على الاشباه ثلاثة أخر تركتها خشية التطويل (بطريق الوضع) لا التضمن واكتفيا بالموافقة المعنوية وبه قالت الائمة الثلاثة (ولو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت) لاتحاد معناهما (كذا الهبة والعطية ونحوهما ولو شهد أحدهما بالف والآخر بالفين او مائة ومائتين او طلقة وطلقتين او ثلاث ردّت) لاختلاف المعنيين (كما لو ادّعى غصبا او قتلا فشهد أحدهما به والآخر بالاقرار به) لم تقبل ولو شهدا بالاقرار به قبلت (وكذا) لا تقبل (فى كل قول جمع مع فعل) بأن ادّعى ألفا فشهد أحدهما بالدفع والآخر بالاقرار بها لا تسمع للجمع بين قول وفعل قنية

الا اذا اتحدا لفظا كشهادة أحدهما ببيع اوقرض اوطلاق اوعتاق والآخر بالاقرار به فتقبل لاتحاد صيغة الانشاء والاقرار فانه يقول فى الانشاء بعت واقترضت وفى الاقرار كنت بعت واقترضت فلم يمنع القبول بخلاف شهادة أحدهما بقتله عمدا بسيف والآخر به بسكين لم تقبل لعدم تكرار الفعل بتكرر الآلة محيط وشرنبلالية (وتقبل على ألف فى) شهادة أحدهما (بألف و) الآخر (بألف ومائة ان ادعى المدعى (الاكثر) لا الاقل الا أن يوفق باستيفاء او ابراء ابن كمال وهذا فى الدين (وفى العين تقبل على الواحد كما لو شهد واحد أن هذين العبدين له وآخر أن هذا له قبلت على) العبد (الواحد) الذى اتفقا عليه (اتفاقا) درر (وفى العقد لا) تقبل (مطلقا) سواء كان المدعى أقل المالين او أكثرهما عزمى زاده ثم فرع على هذا الاصل بقوله (فلو شهد واحد بشراء عبد اوكتابته على ألف وآخر بألف وخمسمائة ردت) لان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلم يتم العدد على كل واحد (ومثله العتق بمال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد والقاتل والراهن والمرأة) لف ونشر مرتب اذ مقصودهم اثبات العقد كما مر (وان ادعى الآخر) كالمولى مثلا (فكدعوى الدين) اذ مقصودهم المال فتقبل على الاقل ان ادعى الاكثر كما مر (والاجارة كالبيع لو (فى اول المدة) للحاجة لاثبات العقد (وكالدين بعدها) لو المدعى ٣ المؤجر ولو المستأجر فدعوى عقد اتفاقا (وصح النكاح) بالاقل اى (بألف) مطلقا (استحسانا) خلافا لهما

وفعل منلا على التركمانى عن الحاوى الزاهدى (قوله الا اذا اتحدا) الظاهر أن الاستثناء منقطع لانه لا فعل مع قول فى هذه الصور بل قولان لان الانشاء والاقرار به كل منهما قول كما سيذكره (قوله بألف ومائة) بخلاف العشر وخمسة عشر حيث لا يقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ذكره الشارح بحر (قوله الا أن يوفق) كأن يقول كان لى عليه كما شهد الا انه اوفانى كذا بغير علمه وفى البحر ولا يحتاج هنا الى اثبات التوفيق بالبينة لانه يتم به بخلاف ما لو ادعى الملك بالشراء فشهدا بالهبة فانه يحتاج لاثباته بالبينة سائحانى (قوله وهذا فى الدين) اى اشتراط الموافقة بين الشهادتين لفظا (قوله سواء كان المدعى الخ) وسواء كان المدعى البائع او المشترى درر (قوله اوكتابته على ألف) شامل لما اذا ادعاها العبد وأنكر المولى وهو ظاهر لان مقصوده هو العقد ولما اذا كان المدعى هو المولى كما زاده صاحب الهداية على الجامع قال فى الفتح لان دعوى السيد المال على عبده لا تصح اذ لا دين له على عبده الا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد اليه للعلم بأنه لا يتصور له عليه دين الا به فالشهادة ليست الا لاثباتها اه وفى البحر والتبيين وقيل لا تفيد بينة المولى لان العقد غير لازم فى حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز اه وجزم بهذا القيل العينى وهو موافق لما يفهم من عبارة الجامع (قوله وهو يختلف باختلاف البدل) أشار الى أنهما لو شهدا بالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل وتمامه فى البحر وقال الخير الرملى فى حاشيته عليه المفهوم من كلامهم فى هذا الموضع وغيره أنه فيما يحتاج فيه الى القضاء بالثمن لا بد من ذكره وذكر قدره وصفته وما لا يحتاج فيه الى القضاء به لا حاجة الى ذكره (تنبيه) فى المبسوط واذا ادعى رجل شراء دار فى يد رجل وشهد شاهدان ولم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة لان الدعوى ان كانت بصفة الشهادة فهى فاسدة وان كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم يشهدوا بما ادعاه المدعى ثم القاضى يحتاج الى القضاء بالعقد ويتعذر عليه القضاء بالعقد اذا لم يكن الثمن مسمى لانه كما لا يصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن فكذلك لا يظهر القضاء بدون تسمية الثمن ولا يمكنه أن يقضى بالثمن حين لم يشهد به الشهود ثم قال فان شهدا على اقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمنا ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لان حاجة القاضى الى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك اذا لم يكن الثمن مسمى وان قالا أقر عندنا أنه باعها منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن فهو جائز لان الحاجة الى القضاء بالملك للمدعى دون القضاء بالعقد فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن (قوله على كل واحد) لفظ كل مما لا حاجة اليه سعدية (قوله والرهن) قال فى البحر وظاهر الهداية أن الرهن انما هو من قبيل دعوى الدين وتعقبه فى العناية تبعا للنهاية بأن عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة فيجب أن لا تقبل البينة وان كان المدعى هو المرتهن لانه كذب أحد شاهديه واجيب بأن العقد غير لازم فى حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان فى حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فتقبل البينة كما فى سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا اه وفى الحواشى اليعقوبية ذكر الراهن (قوله ان ادعى العبد) تقييد لمسألة العتق بمال فقط ان أجرى قول المصنف اوكتابته على عمومه موافقة لما قاله صاحب الهداية اولهما ان خص بما اذا ادعى الكتابة العبد موافقة لما فى الجامع ولما فى العينى (قوله فكدعوى الدين) اى الدين المنفرد عن العقد سعدية (قوله اذ مقصودهم المال) لانه ثبت العتق والعقد والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى الا فى الدين فتح زاد فى الايضاح وفى الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل لانه لا حظ له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين اه وفى اليعقوبية وذكر الراهن فى اليمين ليس على ما ينبغى (قوله على الاقل) اى اتفاقا ان شهد شاهد الاكثر بعطف مثل الف وخمسمائة وان كان بدونه كالالف والالفين فكذلك عندهما وعنده لا يقضى بشئ فتح (قوله العقد) وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الاجارة فتح (قوله وكالدين) اذ ليس المقصود بعد المدة الا الاجر فتح (قوله بعدها) استوفى المنفعة او لا بعد أن تسلم فتح (قوله عقدا اتفاقا) لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين او اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف فتح (قوله مطلقا) سواء ادعى الزوج او الزوجة الاقل او الاكثر هكذا صححه فى الهداية وذكر فى الفتح أنه مخالف للرواية وتمامه فى الشرنبلالية (قوله خلافا لهما) حيث قالا هى باطلة أيضا لانه اختلاف فى العقد وهو القياس

٣ قوله فى اليمين لعله التبيين اه منه

ولابى

ولابى حنيفة أن المال فى النكاح تابع والاصل فيه الحل والملك والازدواج ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت فاذا وقع الاختلاف فى التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه (قوله فى صحة الشهادة) قال فى البحر بعد كلام وبه ظهر أن الجر شرط صحة الدعوى لا كما يتوهم من كلام المصنف من أنه شرط القضاء بالبينة فقط اه اى يشترط أن يقول فى الدعوى مات وتركه ميراثا كما يشترط فى الشهادة وانما لم يذكره لان الكلام فى الشهادة (قوله الجر) اى النقل اى أن يشهدا بالانتقال وذلك اما نصا كما صوره الشارح او بما يقوم مقامه من اثبات الملك للميت عند الموت او اثبات يده او يد نائبه عند الموت أيضا وهو ما أشار اليه بقوله الا أن يشهدا الخ وهذا عندهما خلافا لابى يوسف فانه لا يشترط شيأ ويظهر الخلاف فيما اذا شهدا أنه كان ملك الميت بلا زيادة وطولبا بالفرق بين هذا وبين ما يأتى من أنه لو شهدا الحى انه كان فى ملكه تقبل والفرق ما فى الفتح الى آخر ما يأتى قال مجرده هذه الحواشى وكتب المؤلف على قوله الجر هاشة وعليها أثر الضرب لكنى لم أتحققه فأحببت ذكرها وان كانت مفهومة مما قبلها فقال قوله الجر هذا عندهما لان ملك الوارث متجدد الا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا يده او يد من يقوم مقامه وأبو يوسف يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث فالجر أن يقول الشاهد مات وتركه اميراثا أو ما يقوم مقامه من اثبات ملكه وقت الموت أو يده أو يد من يقوم مقامه فاذا أثبت الوارث أن العين كانت لمورثه لا يقضى له وهو محل الاختلاف بخلاف الحى اذا أثبت أن العين كانت له فانه يقضى له بها اعتبارا للاستصحاب اذ الاصل البقاء انتهى (قوله ارث) بأن ادعى الوارث عينا فى يد انسان انها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لابيه لا يقضى له حتى يجرا الميراث بأن يقولا الخ (قوله بملكه) اى المورث (قوله عند موته) لابد من هذا القيد كما علمت وكان ينبغى ذكره بعد الثلاثة (قوله لان الايدى) تعليل للاستغناء بالشهادة على يد الميت عن الجر وبيان ذلك أنه اذا ثبت يده عند الموت فان كانت يد ملك فظاهر لانه أثبت ملكه وأن الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة كما لو شهدا بالملك وان كانت يد أمانة فكذلك الحكم لان الايدى فى الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا لتركه الحفظ والمضمون يملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد فى ذلك الوقت اثباتا للملك وترك تعليل الاستغناء بالشهادة على يد من يقوم مقامه لظهوره لان اثبات يد من يقوم مقامه اثبات يده فيغنى اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفى به عنه اه (قوله ولابد مع الجر من بيان سبب الوراثة الخ) قال فى الفتح وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا الى أب واحد ويذكرا أنه وارثه وهل يشترط قوله ووارثه فى الاب والام والولد قيل يشترط والفتوى على عدمه وكذا كل من لا يحجب بحال وفى الشهادة بأنه ابن ابن الميت او بنت ابنه لابد منه وفى أنه مولاه لابد من بيان أنه أعتقه اه ولم يذكر هذا الشرط متنا ولا شرحا والظاهر أن الجر مع الشرط الثالث يغنى عنه فليتأمل وانظر ما مر قبيل الشهادات (قوله سبب الوراثة) وهو أنه أخوه مثلا (قوله لابيه وأمه) ذكر فى البحر عن البزازية انهم لو شهدوا أنه ابنه ولم يقولوا ووارثه الاصح أنه يكفى كما لو شهدوا أنه ابوه او أمه فان ادعى أنه عم الميت يشترط لصحة الدعوى أن يفسر فيقول عمه لابيه وأمه او لابيه او لامه ويشترط أيضا أن يقول ووارثه واذا أقام البينة لابد للشهود من نسبة الميت والوارث حتى يلتقيا الى أب واحد وكذلك هذا فى الاخ والجد اه ملخصا (قوله وارثا غيره) قال فى فتح القدير واذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا الا نعلم له وارثا سواه فان كان ممن يرث فى حال دون حال لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه أو يرث على كل حال يحتاط القاضى وينتظر مدة هل له وارث آخر اولا قال مجردها هذا بياض تركه المؤلف ونقط عليه لتوقفه فى فهمه من نسخة الفتح الحاضرة عنده فلتراجع نسخة اخرى يقضى بكله وان كان نصيبه يختلف فى الاحوال يقضى بالاقل فيقضى فى الزوج بالربع والزوجة بالثمن الا أن يقولوا لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن أبى حنيفة يقضى بالاكثر والظاهر الاول ويأخذ القاضى كفيلا عندهما ولو قالوا الا نعلم له وارثا بهذا الموضع يكفى عند أبى حنيفة خلافا لهما اه وتقدمت المسألة قبيل كتاب الشهادات وذكرها فى السادس والخمسين من شرح أدب القضاء متنوعة ثلاثة انواع فارجع اليه ولخصها هنالك صاحب البحر بما فيه خفاء وقد علم بما مر أن الوارث ان كان ممن قد يحجب حجب حرمان فذكر هذا الشرط

(ولزم) فى صحة الشهادة (الجر بشهادة ارث) بأن يقولا مات وتركه ميراثا للمدعى (الا أن يشهدا بملكه) عند موته (او يده او يد من يقوم مقامه) كمستأجر ومستعير وغاصب ومودع فيغنى ذلك عن الجر لان الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان فاذا ثبت الملك ثبت الجر ضرورة (ولابد مع الجر) المذكور (من بيان سبب الوراثة و) بيان (أنه أخوه لابيه وأمه أو لاحدهما) ونحو ذلك ظهيرية وبقى شرط ثالث (و) هو (قول الشاهد لا وارث) أو لا اعلم (له) وارثا (غيره)

ورابع وهو أن يدرك الشاهد الميت والا فباطلة لعدم معاينة السبب ذكرهما البزازى (وذكر اسم الميت ليس بشرط وان شهدا بيد حى) سواء قالا (مذ شهر) اولا (ردت) لقيامها بمجهول لتنوع ٣٩٢ يد الحى (بخلاف مالو شهدا انها كانت ملكه أو أقر المدعى عليه بذلك او شهد شاهدان انه أقر أنه كان فى يد المدعى) دفع للمدعى لمعلومية الاقرار وجهالة المقر به لا تبطل الاقرار والاصل أن الشهادة بالملك المنقضى مقبولة لا باليد المنقضية لتنوع اليد لا الملك بزازية ولو أقر أنه كان بيد المدعى بغير حق هل يكون اقرارا له باليد المفتى به نعم جامع الفصولين (فروع) * شهدا بألف وقال أحدهما قضى خمسمائة قبلت بألف الا اذا شهد معه آخر ولا يشهد من علمه حتى يقر المدعى به * شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لونها قطع خلافا لهما واستظهر صدر الشريعة قولهما وهذا اذا لم يذكر المدعى لونها ذكره الزيلعى * ادعى المديون الايصال متفرقا وشهدا به مطلقا او جملة لم تقبل وهبانية * شهدا فى دين الحى بأنه كان عليه كذا تقبل الا اذا سألهما الخصم عن بقائه الآن فقالا لا ندرى وفى دين الميت لا تقبل مطلقا حتى يقولا مات وهو عليه بحر قلت ويخالفه ما فى معين الحكام من ثبوته بمجرد بيان سببه وان لم يقولا مات وعليه دين اه والاحتياط لا يخفى * ادعى ملكا فى الماضى وشهدا به فى الحال لم تقبل فى الاصح كما لو شهدا بالماضى أيضا جامع الفصولين

* (باب الشهادة على الشهادة) *

(هى مقبولة) وان كثرت استحسانا فى كل حق على الصحيح (الا فى حد وقود) لسقوطهما بالشبهة وجاز الاشهاد مطلقا لكن لا تقبل الا (بشرط تعذر حضور الاصل بموت) اى موت الاصل

لا صل القضاء وان كان ممن قد يحجب حجب نقصان فذكره شرط للقضاء بالاكثر وان كان وارثا دائما ولا ينقص بغيره فذكره شرط للقضاء حالا بدون تلوم فتأمل (قوله لعدم معاينة السبب) ولان الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع فتح (قوله البزازى) وكذا فى الفتح (قوله وذكر اسم الميت) حتى لو شهدا أنه جده ابو أبيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل بزازية (قوله ردت) وعن أبى يوسف تقبل (قوله يد الحى) لاحتمال انها كانت ملكا له او وديعة مثلا واذا كانت وديعة مثلا تكون باقية على حالها أما الميت فتنقلب ملكا له اذا مات مجهلا لها كما تقدم (قوله انها كانت ملكه) اى لو شهدا لمدعى ملك عين فى يد رجل انها كانت ملك المدعى يقضى بها وان لم يشهدا انها ملكه الى الآن والفرق بين هذه وبين مامر من انها كانت ملك الميت فانها ترد مالم يشهدا بأنها ملكه عند الموت ماذكره فى الفتح من انهما اذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لابقاء الثابت لا لاثبات مالم يكن وهو المحتاج اليه فى الوارث بخلاف مدعى العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده (قوله بذلك) اى بيد الحى او ملكه ومن اقتصر على الثانى فقد قصر (قوله دفع للمدعى) الاولى أن يقول فانه يدفع للمدعى كما يظهر بالتأمل وفى البحر وانما قال دفع اليه دون أن يقول انه اقرار بالملك لانه لو برهن على أنه ملكه فانه يقبل اه اى فى مسألة الاقرار باليد او الشهادة عليه لانهما المذكورتان فى الكنز دون مسألة الشهادة بالملك (قوله لتنوع اليد) لاحتمال أنه كان له فاشتراه منه (قوله بألف) اى ولا يسمع قوله قضاه (قوله الا اذا شهد معه آخر) لكمال النصاب (قوله ولا يشهد) اى بالالف كلها (قوله من علمه) اى قضاء خمسمائة كذا فى الهامش (قوله حتى يقر المدعى به) لئلا يكون اعانة على الظلم والمراد من ينبغى فى عبارة الكنز معنى يجب فلا تحل له الشهادة بحر (قوله اذا لم يذكر المدعى لونها) قال فى الفتح ولو عين لونها فقال أحدهما سوداء لم يقطع اجماعا اه (قوله مطلقا او جملة) أما الاول فلان الاطلاق أزيد من المقيد وأما الثانى فلاختلاف الشهادة والدعوى للمباينة بين المتفرق والجملة (قوله بحر) اوضحه عند قول الكنز وبعكسه لا فراجعه (قوله قلت) القول لصاحب المنح (قوله بيان سببه) قواه المقدسى قلت وكذا فى نور العين وقال ان الاول ضعيف وان الاحتياط فى أمر الميت يكفى فيه تحليف خصمه مع وجود بينة وان فى هذا الاحتياط ترك احتياط آخر فى وفاء دينه الذى يحجبه عن الجنة وتضييع حقوق أناس كثيرين لا يجدون من يشهد لهم على هذا الوجه ح (قوله ملكا فى الماضى) بأن قال كان ملكى وشهدا أنه له (قوله كما لو شهدا بالماضى أيضا) اى لا تقبل لان اسناد المدعى يدل على نفى الملك فى الحال اذ لا فائدة للمدعى فى اسناد مع قيام ملكه فى الحال بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه الى الماضى لان اسنادهما لا يدل على النفى فى المآل لانهما لا يعرفان بقاءه الا بالاستصحاب منح وبهذا ظهر الفرق بين ماهنا وبين ماتقدم متنا من قوله بخلاف مالو شهدا أنها كانت ملكه (فرع مهم) قال المدعى ان الدار التى حدودها مكتوبة فى هذا المحضر ملكى وقال الشهود ان الدار التى حدودها مكتوبة فى هذا المحضر ملكه صح الدعوى والشهادة وكذا لو شهدوا أن المال الذى كتب فى هذا الصك عليه تقبل والمعنى فيه أنه أشار الى المعلوم لو شهدا بملك المتنازع فيه والخصمان تصادقا على أن المشهود به هو المتنازع فيه ينبغى أن تقبل الشهادة فى اصل الدار وان لم تذكر الحدود لعدم الجهالة المفضية الى النزاع فى اصل الدار جامع الفصولين فى آخر الفصل السابع

* (باب الشهادة على الشهادة) *

(قوله وان كثرت) أعنى الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم لكن فيها شبهة البدلية لان البدل مايصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك ولذا لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال درر كذا فى الهامش (قوله الا فى حد وقود) اى مايوجب الحد فلا يرد أنه اذا شهد على شهادة شاهدين أن قاضى بلد كذا ضرب فلانا حدا فى قذف فانها تقبل حتى ترد شهادته بحر عن المبسوط وفيه اشعار بأنها تقبل فى التعزير وهذه رواية عن أبى يوسف وعن أبى حنيفة أنها لا تقبل كما فى الاختيار قهستانى (قوله مطلقا) بعذر أو غيره (قوله الا بشرط تعذر حضور الاصل) أشار الى أن المراد بالمرض مالا يستطيع معه الحضور الى

مجلس

مجلس القاضي كما قيده في الهداية وأن المراد بالسفر الغيبة مدته كما هو ظاهر كلام المشايخ وأفصح به في الخانية والهداية لا مجاوزة البيوت وان أطلقه كالمرض في الكنز ولم يصرح بالتعذر ولكن ماذكرنا هو المراد لان العلة العجز فافهم (قوله ومانقله القهستاني) عبارته لكن في قضاء النهاية وغيره الاصل اذا مات لاتقبل شهادة فرعه فتشترط حياة الاصل اه كذا في الهامش (قوله فيه كلام) ويؤيد كلام القهستاني قوله الآتي وبخروج أصله عن أهلها (قوله فانه نقله عن الخانية عنها) ليس في القهستاني ذلك وانظر ما ذكره في كتاب القاضي الى القاضي (قوله والصواب ماهنا) قال في الدر المنتقى لكن نقل البرجندي والقهستاني كلامهما عن الخلاصة وكذا في البحر والمنح والسراج وغيرها أنه متى خرج الاصل عن اهلية الشهادة بأن خرس أو فسق او عمي أو جن أو ارتد بطلت الشهادة اه فتنبه ح كذا في الهامش (قوله وفي القهستاني) عبارته وتقبل عند اكثر المشايخ وعليه الفتوى كما في المضمرات وذكر القهستاني أيضا أن الاول ظاهر الرواية وعليه الفتوى وفي البحر قالوا الاول احسن وهو ظاهر الرواية كما في الحاوي والثاني أرفق الى آخره وعن محمد يجوز كيفما كان حتى روي عنه أنه اذا كان الاصل في زاوية المسجد والفرع في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم منح وبحر (قوله اوكون المرأة مخدرة) قال البزدوي هي من لاتكون برزت بكرا كانت اوثيبا ولا يراها غير المحارم من الرجال أما التي جلست على المنصة فرآها رجال أجانب كما هو عادة بعض البلاد لاتكون مخدرة حموي (قوله في الوكالة) وذكره هنا أيضا (قوله عند القاضي) قاله في المنح (قوله لاطلاق جواز الاشهاد) يعني يجوز أن يشهد وهو صحيح أو سقيم ونحوه ولكن لا تجوز الشهادة عند القاضي الا وما ذكر موجود قال في البحر نقلا عن خزانة المفتين والاشهاد على شهادة نفسه يجوز وان لم يكن بالاصول عذر حتى لو حل بهم العذر يشهد الفروع اه ومثله في المنح عن السراجية (قوله كما مر) اي في قوله وجاز الاشهاد مطلقا (قوله ومافي الحاوي غلط) من أنه لا تقبل شهادة النساء على الشهادة وفي الهامش ولو شهد على شهادة رجل وأحدهما يشهد بنفسه أيضا لم يجز كذا في محيط السرخسي فتاوى الهندية (قوله عن كل اصل) فلو شهد عشرة على شهادة واحد تقبل ولكن لا يقضى حتى يشهد شاهد آخر لان الثابت بشهادتهم شهادة واحد بحر عن الخزانة وأفاد أنه لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره يصح وصرح به في البزازية (قوله وذلك) يعني بأن يكون لكل شاهد شاهدان متغايران بل يكفي شاهدان على كل اصل (قوله ولو ابنه) كما يأتي متنا (قوله أني أشهد بكذا) قيد بقوله أشهد لانه بدونه لا يسعه أن يشهد على شهادته وان سمعها منه لانه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل وبقوله على شهادتي لانه لو قال اشهد علي بذلك لم يجز لاحتمال أن يكون الاشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمرا بالكذب وبعلى لانه لو قال بشهادتي لم يجز لاحتمال أن يكون أمرا بأن يشهد مثل شهادته بالكذب وبالشهادة على الشهادة لان الشهادة بقضاء القاضي صحيحة وان لم يشهدهما القاضي عليه (قوله سكوت الفرع) اى عند تحمله قال في البحر لو قال لا اقبل قال في القنية ينبغي أن لا يصير شاهدا حتى لو شهد بعد ذلك لاتقبل اه (قوله حاوي) نقله في البحر ثم قال بعد ورقة وفي خزانة المفتين الفرع اذا لم يعرف الاصل بعدالة ولا غيرها فهو مسيء في الشهادة على شهادته بتركه الاحتياط اه وقالوا الاساءة افحش من الكراهة اه لكن ذكر الشارح في شرحه على المنار أنها دونها ورأيت مثله في التقرير شرح البزدوي والتحقيق وغيرهما تأمل (قوله ان فلانا الخ) ويذكر اسمه واسم أبيه وجده فانه لا بد منه كما في البحر (قوله هذا اوسط العبارات) والاطول أن يقول اشهد أن فلانا اشهد عندي أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وأنا الآن اشهد على شهادته بذلك ففيه ثمان شينات (قوله وعليه فتوى السرخسي) قال في الفتح وهو اختيار الفقيه أبي الليث واستاذه أبي جعفر وهكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وحكي أن فقهاء زمن أبي جعفر خالفوه واشترطوا زيادة طويلة فأخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال في الذخيرة فلو اعتمد أحد على هذا كان اسهل وكلام المصنف اى صاحب الهداية يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه وذكر أن ثم اطول منه وأقصر ثم قال وخير الامور أوساطها وذكر أبو نصر البغدادي شارح القدوري أقصر آخر بثلاث شينات وهو أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ثم قال

ومانقله القهستاني عن قضاء النهاية فيه كلام فانه نقله عن الخانية عنها وهو خطأ والصواب ماهنا (أو مرض او سفر) واكتفى الثاني بغيبته بحيث يتعذر أن يبيت باهله واستحسنه غير واحد وفي القهستاني والسراجية وعليه الفتوى وأقره المصنف (اوكون المرأة مخدرة) لا تخالط الرجال وان خرجت لحاجة وحمام قنية وفيها لا يجوز الاشهاد لسلطان وأمير وهل يجوز لمحبوس ان من غير حاكم الخصومة نعم ذكره المصنف في الوكالة وقوله (عند الشهادة) عند القاضي قيد للكل لاطلاق جواز الاشهاد لا الاداء كما مر (و) بشرط (شهادة عدد) نصاب ولو رجلا وامرأتين ومافي الحاوي غلط بحر (عن كل اصل) ولو امرأة (لا تغاير فرعي هذا وذاك) خلافا للشافعي (و) كيفيتها أن (يقول الاصل مخاطبا للفرع) ولو ابنه بحر (اشهد على شهادتي اني اشهد بكذا) ويكفي سكوت الفرع ولو رده ارتد قنية ولا ينبغي أن يشهد على شهادة من ليس بعدل عنده حاوي (ويقول الفرع اشهد أن فلانا اشهدني على شهادته بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) هذا اوسط العبارات وفيه خمس شينات والاقصر أن يقول اشهد على شهادتي بكذا ويقول الفرع أشهد على شهادته بكذا وعليه فتوى السرخسي وغيره ابن كمال وهو الاصح كما في القهستاني عن الزاهدي

وماذكره القدورى اولى وأحوط ثم حكى خلافا فى أن قوله وقال لى اشهد على شهادتى شرط عند أبى حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه لانه اذا لم يقله احتمل أنه أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب وأنه أمره على وجه التحمل فلا يثبت بالشك وعند أبى يوسف يجوز لان أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن اه والوجه فى شهود الزمان القول بقولهما وان كان فيهم العارف المتدين لان الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم اه ما فى الفتح باختصار وحاصله أنه اختار ما اختاره فى الهداية وشرح القدورى من لزوم خمس شينات فى الاداء وهو ما جرى عليه فى المتون كالقدورى والكنز والغرر والملتقى والاصلاح ومواهب الرحمن وغيرها (قوله الفرع لاصله) لانه من اهل التزكية هداية (قوله والالزم تعديل الكل) هذا عند أبى يوسف وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابى يوسف أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم فيتعرف القاضى العدالة كما اذا شهدوا بأنفسهم كذا فى الهداية وفى البحر وقوله والا صادق بصور الاولى أن يسكتوا وهو المراد هنا كما أفصح به فى الهداية الثانية أن يقولوا لا نخبرك فجعله فى الخانية على الخلاف بين الشيخين وذكر الخصاف أن عدم القبول ظاهر الرواية وذكر الحلوانى أنها تقبل وهو الصحيح لان الاصل بقى مستورا اذ يحتمل الجرح والتوقف فلا يثبت الجرح بالشك ووجه المشهور أنه جرح للاصول واستشهد الخصاف بأنهما لو قالا انا نتهمه فى الشهادة لم يقبل القاضى شهادته وما استشهد به هو الصورة الثالثة وقد ذكرها فى الخانية اه ملخصا وحيث كان المراد الاولى فقول الشارح والالزم الخ تكرار مع ما فى المتن (قوله لان العدل لا يتهم بمثله) كذا علل فى البحر وفيه عود الضمير على غير مذكور وأصل العبارة فى الهداية حيث قال وكذا اذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر يجوز لما قلنا غاية الامر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته ولكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه اه قال فى النهاية اى بمثل ما ذكرت من الشبهة وحاصل ما فى الفتح أن بعضهم قال لا يجوز لانه متهم حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته والجواب أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهى القضاء بها فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه (قوله فى حاله) فيسأله عن عدالته فاذا ظهرت قبله والا لا منح (قوله على ما فى القهستانى) عبارته وفيه ايماء الى أنه لو قال الفرع ان الاصل ليس بعدل او لا أعرفه لم تقبل شهادته كما قال الخصاف وعن ابى يوسف أنه تقبل وهو الصحيح على ما قال الحلوانى كما فى المحيط اه فتأمل النقل مدنى (قوله عن المحيط) ذكر فى التتارخانية خلافه ولم يذكر فيه خلافا وكيف هذا مع انهما لو قالا نتهمه لا تقبل شهادتهما وظاهر استشهاد الخصاف به كما مر أنه لا خلاف فيه وفى البزازية شهدا عن أصل وقالا لا خير فيه وزكاه غيرهما لا يقبل وان جرحه أحدهما لا يلتفت اليه اه (قوله بأمور) عد منها فى البحر حضور الاصل قبل القضاء مستدلا بما فى الخانية ولو أن فروعا شهدوا على شهادة الاصول ثم حضر الاصول قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفروع اه لكن قال فى البحر وظاهر قوله لا يقضى دون أن يقول بطل الاشهاد أن الاصول لو غابوا بعد ذلك قضى بشهادتهم اه فلذا تركه الشارح (قوله ما يخالفه) وهو خلاف الاظهر (قوله وبانكار أصله الشهادة) هكذا وقع التعبير فى كثير من المعتبرات وفى الشرنبلالية عن الفاضل جوى زاده ما يفيد أن الاولى التعبير بالاشهاد لان انكار الشهادة لا يشمل ما اذا قال لى شهادة على هذه الحادثة لكن لم أشهدهم بخلاف انكار الاشهاد فانه يشمل هذا ويشمل انكار الشهادة لان انكارها يستلزم انكاره فانكار الاشهاد نوعان صريح وضمنى ولذا عبر الزيلعى وصاحب البحر بالاشهاد وبه اندفع اعتراض الدرر على الزيلعى وظهر أيضا أن قول الشارح هنا أو لم نشهدهم ليس فى محله لانه ليس من أفراد انكار الشهادة لان معناه لنا شهادة ولم نشهدهم فتأمل (قوله ما لنا شهادة) يعنى ثم غابوا او مرضوا ثم جاء الفروع فشهدوا لا تقبل (قوله وغلطنا) هو فى معنى انكار الشهادة تأمل (قوله قيل له هات الخ) فهذا من قبيل ما مر شهادة قاصرة يتمها غيرهم كذا فى الهامش (قوله ولو مقرة) فلعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة منح (قوله الى القاضى) فان كتب ان فلانا وفلانا شهدا عندى بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعى امرأة عند القاضى المكتوب اليه وانكرت المرأة أن تكون هى المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان انها المنسوبة بتلك النسبة كما فى المسألة الاولى كذا

(ويكفى تعديل الفرع لاصله) ان عرف الفروع بالعدالة والالزم تعديل الكل (ك) ما يكفى تعديل (أحد الشاهدين صاحبه) فى الاصح لان العدل لا يتهم بمثله (وان سكت) الفرع (عنه نظر) القاضى (فى حاله) وكذا لو قال لا اعرف حاله على الصحيح شرنبلالية وشرح المجمع وكذا لو قال ليس بعدل على ما فى القهستانى عن المحيط فتنبه (وتبطل شهادة الفرع) بأمور بنهيهم عن الشهادة على الاظهر خلاصة وسيجىء متنا ما يخالفه وبخروج اصله عن اهليتها كفسق وخرس وعمى و (بانكار أصله الشهادة) كقولهم ما لنا شهادة او لم نشهدهم اوأشهدناهم وغلطنا ولو سئلوا فسكتوا قبلت خلاصة (شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا أخبرانا بمعرفتها وجاء المدعى بامرأة لم يعرفا انها هى قيل له هات شاهدين انها هى فلانة) ولو مقرة (ومثله الكتاب الحكمى) وهو كتاب القاضى الى القاضى لانه كالشهادة على الشهادة

فى العينى مدنى (قوله لاحتمال التزوير) اى بأن يتواطأ المدّعى مع ذلك الرجل (قوله البيان) يعنى اذا ادّعى المدّعى عليه أن غيره يشاركه فى الاسم والنسب كان عليه البيان ح كذا فى الهامش اى يقول له القاضى أثبت ذلك فان اثبت تندفع عنه الخصومة كما لو علم القاضى بمشاركه له فى الاسم والنسب وان لم يثبت ذلك يكون خصما (قوله فيهما) اى فى الشهادة وكتاب القاضى (قوله الى فخذها) بسكون الخاء وكسرها يريد به القبيلة الخاصة التى ليس دونها أخص منها وهذا على أحد قولين للغويين وهو فى الصحاح وفى الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وجعله فى ديوان أقل من البطن وكذا صاحب الكشاف قال العرب على ست طبقات * الشعب كمضر وربيعة وحمير سميت به لان القبائل تتشعب منها * والقبيلة ككنانة * والعمارة كقريش * والبطن كقصى * والفخذ كهاشم * والفصيلة كالعباس * وكل واحد يجمع ما بعده * فالشعب يجمع القبائل والعمارة تجمع البطون وهكذا وعليه فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها الى الفصيلة والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين فتح ملخصا (قوله بجدها) الانسب أوجدها (قوله والمقصود الاعلام) قال فى الفتح ولا يخفى أنه ليس المقصود من التعريف أن ينسب الى أن يعرفه القاضى لانه قد لا يعرفه وان نسبه الى مائة جد بل ليثبت الاختصاص ويزول الاشتراك فانه قلما يتفق اثنان فى اسمهما واسم أبيهما وجدهما او صناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضى خان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفى بذلك الاوجه منه ما فى الفصولين من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء غير أنهم اختلفوا فى اللقب مع الاسم هل هما واحد أولا اه والمراد بالثلاثة اسمه واسم أبيه وجده أو صناعته أو فخذه فانه يكفى عن الجد خلافا لما فى البزازية ففى الهداية ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عندهما خلافا لابى يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى أى فى ذلك الفخذ الخاص فنزل منزلة الجد الادنى وفى ايضاح الاصلاح وفى العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ لانهم ضيعوا أنسابهم والاولى أن يقول بدل الاعلام رفع الاشتراك لان الاعلام بأن يعرف غير مراد كما مرّ وفى البحر عن البزازية وان كان معروفا بالاسم المجرد مشهورا كشهرة الامام أبى حنيفه يكفى عن ذكر الاب والجد ولو كنى بلا تسمية لم يقبل الا اذا كان مشهورا كالامام (قوله شهد بزور) والرجال والنساء فيها سواء بحر عن كافى الحاكم (قوله بأن أقرّ على نفسه) قال فى البحر وقيد باقراره لانه لا يحكم به الا باقراره وزاد شيخ الاسلام أن يشهد بموت واحد فيجىء حيا كذا فى فتح القدير وبحث فيه الرملى فى حاشية البحر واعترض الاقرار صدر الشريعة بأنه قد يعلم بدونه كما اذا شهد بموت زيد أو بأن فلانا قتله ثم ظهر زيد حيا او برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما وليس فى السماء علة ولم ير الهلال وأجاب فى العناية بأنه لم يذكرهما لندرته واما لانه لا محيص له أن يقول كذبت او ظننت ذلك فهو بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم وفى اليعقوبية وأيضا يمكن أن يحمل قوله لا يعلم الا باقرار على الحصر الاضافى بقرينة قوله لا يعلم بالبينة وأجاب ابن الكمال بأن الشهادة بالموت تجوز بالتسامع وكذا بالنسب فيجوز أن يقول رأيت قتيلا سمعت الناس يقولون انه عمرو بن زيد وأما الشهادة على رؤية الهلال فالامر فيه اوسع اه (قوله ولا يمكن اثباته) اى اثبات تزويره أما اثبات اقراره فممكن كما لا يخفى تأمل (قوله وزاد اضربه) قال فى البحر ورجح فى فتح القدير قولهما وقال انه الحق (قوله ان يسخم) السخم بضم السين وسكون الخاء المهملتين السواد وانى كذا فى الهامش (قوله اذا رآه سياسة) قدم الشارح فى آخر باب حد القذف ما يخالف هذا حيث قال واعلم انهم يذكرون فى حكم السياسة أن الامام يفعلها ولم يقولوا القاضى فظاهره أن القاضى ليس له الحكم بالسياسة ولا العمل بها فليحرر فتال (قوله مصرّا) قال فى الفتح واعلم أنه قد قيل ان المسألة على ثلاثة أوجه ان رجع على سبيل الاصرار مثل أن يقول نعم شهدت فى هذه بالزور ولا ارجع عن مثل ذلك فانه يعزر بالضرب بالاتفاق وان رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وان كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم فجوابه فى التائب لان المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعى الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه ابو حنيفة (قوله أبدا) لان عدالته لا تعتمد مثلا على (قوله تقبل) اى من غير ضرب مرة كما فى البحر عن الخلاصة قبيل قوله والاقلف وفى الخانية المعروف بالعدالة اذا شهد بزور عن أبى يوسف أنه لا تقبل شهادته أبدا

فلو جاء المدّعى برجل لم يعرفاه كلف اثبات انه هو ولو مقرّا لاحتمال التزوير بحر ويلزم مدّعى الاشتراك البيان كما بسطه قاضى خان (ولو قالا فيهما التميمية لم تجز حتى ينسباها الى فخذها) بجدها ويكفى نسبتها لزوجها والمقصود الاعلام (اشهده على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح) اى نهيه فله أن يشهد على ذلك درر وأقرّه المصنف هنا لكنه قدم ترجيح خلافه عن الخلاصة (كافران شهدا على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تقبل كذا شهادتهما على القضاء لكافر على كافر وتقبل شهادة رجل على شهادة ابيه وعلى قضاء أبيه) فى الصحيح درر خلافا للملتقط (من ظهر أنه شهد بزور) بأن أقرّ على نفسه ولم يدّع سهوا أو غلطا كما حرّره ابن الكمال ولا يمكن اثباته بالبينة لانه من باب النفى (عزر بالتشهير) وعليه الفتوى سراجية وزاد ضربه وحبسه مجمع وفى البحر وظاهر كلامهم أن للقاضى أن يسخم وجهه اذا رآه سياسة وقيل ان رجع مصرّا ضرب اجماعا وان تائبا لم يعزر اجماعا وتفويض مدة توبته لرأى القاضى على الصحيح لو فاسقا ولو عدلا أو مستورا لا تقبل شهادته أبدا قلت وعن الثانى تقبل وبه يفتى عينى وغيره والله اعلم

(باب الرجوع عن الشهادة)

(هو أن يقول رجعت عما شهدت به ونحوه فلو أنكرها لا) يكون رجوعا (و) الرجوع (شرطه مجلس القاضي) ولو غير الاول لانه فسخ أو توبة وهي بحسب الجناية كما قال عليه الصلاة والسلام السر بالسر والعلانية بالعلانية (فلو ادعى) المشهود عليه (رجوعهما عند غيره وبرهن) أو أراد يمينهما (لا يقبل) لفساد الدعوى بخلاف ما لو ادعى وقوعه عند قاض وتضمينه اياهما ملتقى أو برهن انهما اقرا برجوعهما عند غير القاضي قبل وجعل انشاء للحال ابن ملك (فان رجعا قبل الحكم بها سقطت ولا ضمان) وعزرا ولو عن بعضها لانه فسق نفسه جامع الفصولين (وبعده لم يفسخ) الحكم (مطلقا) لترجحه بالقضاء (بخلاف ظهور الشاهد عبدا او محدودا في قذف) فان القضاء يبطل ويرد ما أخذ وتلزم الدية لو قصاصا ولا يضمن الشهود لما مر أن الحاكم اذا أخطأ فالغرم على المقضي له شرح تكملة (وضمنا ما اتلفاه للمشهود عليه) لتسببهما تعديا مع تعذر تضمين المباشر لانه كالملجا الى القضاء (قبض المدعي المال أولا به يفتى) بحر وبزازية وخلاصة وخزانة المفتين وقيده في الوقاية والكنز والدرر والملتقى بما اذا قبض المال لعدم الاتلاف قبله وقيل ان المال عينا فكالاول وان دينا فكالثاني وأقره القهستاني (والعبرة فيه لمن بقي) من الشهود (لا لمن رجع فان رجع أحدهما ضمن النصف وان رجع أحد

ثلاثة

لانه لا تعرف توبته وروى الفقيه ابو جعفر أنه تقبل وعليه الاعتماد اهـ وكلام الشارح صريح في أن الرواية الثانية عن أبي يوسف أيضا تأمل

(باب الرجوع عن الشهادة)

(قوله فلو انكرها) اى بعد القضاء (قوله مجلس القاضي) وتتوقف صحة الرجوع على القضاء به او بالضمان خلافا لمن استبعده كما نبه عليه في الفتح وفيه أيضا وتفرع على اشتراط المجلس أنه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شئ ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع (قوله لانه فسخ) تعليل لاشتراط مجلس القاضي وقوله فسخ اى فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس القاضي منح (قوله وهي) اى التوبة (قوله فلو ادعى) بيان لفائدة اشتراط مجلس القاضي (قوله عند غيره) اى عند غير القاضي ولو شرطيا كما في المحيط (قوله لا يقبل) اى ولا يستحلف (قوله لفساد الدعوى) اى لان مجلس القاضي شرط للرجوع فكان مدعيا رجوعا باطلا والبينة او طلب اليمين انما يكون بعد الدعوى الصحيحة (قوله وتضمينه) اى القاضي اى حكمه عليهما بالضمان (قوله سقطت) اى الشهادة فلا يقضي القاضي بها لتعارض الخبرين بلا مرجح للاول (قوله وعزرا) قال في الفتح قالوا يعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء او بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في انه توبة عن تعمد الزور ان تعمده او السهو والعجلة ان كان أخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر اهـ وأجاب في البحر بأن رجوعه قبل القضاء قد يكون لقصد اتلاف الحق او كون المشهود عليه غره بمال لا لما ذكره وبعد القضاء قد يكون لظنه بجهله أنه اتلاف على المشهود له مع انه اتلاف لماله بالغرامة (قوله عن بعضها) كما لو شهدا بدار وبنائها او بأتان وولدها ثم رجعا في البناء والولد لم يقض بالاصل منح (قوله مطلقا) قال في المنح وقولي مطلقا يشمل ما اذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ما شهد في العدالة او دونه او أفضل منه وهكذا أطلق في اكثر الكتب متونا وشروحا وفتاوى وفي المحيط يصح رجوعه لو حاله بعد الرجوع أفضل منه وقت الشهادة في العدالة والا لا ويعزر ورده في البحر ونقل في الفتح أنه قول أبي حنيفة اولا وهو قول شيخه حماد ثم رجع الى قولهما وعليه استقر المذهب وعزاه في البحر أيضا الى كافي الحاكم (قوله لترجحه) الاولى لترجحها (قوله ويرد ما أخذ) اى الى المقضي عليه بحر (قوله اذا اخطأ) وهنا اخطأ بعدم الفحص عن حال الشهود (قوله وضمنا ما اتلفاه) اعلم أن تضمين الشاهد لم ينحصر في رجوعه مثل ما اذا ذكر شيأ لازما للقضاء ثم ظهر بخلافه كما وضحه في لسان الحكام وأشار اليه في البحر فراجعهما وذكر في البحر ما يسقط به ضمان الشاهد ويؤخذ من قوله اتلفاه أنه لو لم يضف التلف اليهما لا يضمنان كما لو شهدا بنسب قبل الموت فمات المشهود عليه وورث المشهود له المال من المشهود عليه ثم رجعا لم يضمنا لانه ورث بالموت وذلك لان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت والاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا فيضاف للموت ذكره الزيلعي في اقرار المريض سائحاني عن المقدسي قلت وفي البحر عن العتابية شهدوا على أنه ابرأه من الدين ثم مات الغريم مفلسا ثم رجعا لم يضمنا للطالب لانه توى ما عليه بالافلاس اهـ (قوله لتسببهما) قال في البحر في ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفائه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبب اهـ كذا في الهامش (قوله لانه كالملجا) اى القاضي (قوله وقيده الخ) اى وكذا في الهداية والمختار والاصلاح ومواهب الرحمن وجزم به في الجوهرة وصاحب المجمع وأنت على علم بأن اقتصار أرباب المتون على قول ترجيح له وما في المتون مقدم على ما في الشروح فيقدم على ما في الفتاوى بالاولى وما كان ينبغي للمصنف مخالفة عامة المتون وما نقله في البحر عن الخلاصة أن ما في الفتاوى هو قول الامام الاخير لنا فيه كلام وكأنه هو الذي غر المصنف (قوله فكالاول) اى يضمنه الشهود مطلقا قبضها المشهود له أولا لان العين يزول ملك المشهود عليه عنها بالقضاء وفي الدين لا يزول ملكه حتى يقبضه (قوله فكالثاني) اى لو رجع الشهود قبل قبضه لا يضمنون ولو بعده يضمنون (قوله ضمن النصف) اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة فيه وهو النصف ويجوز أن لا يثبت الحكم ابتداء

ببعض

ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة كابتداء الحول لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب منح (قوله لم يضمن) اى الراجع (قوله ضمنا النصف) وفى المقدسى فان قيل ينبغى أن يضمن الراجع الثانى فقط لان التلف اضيف اليه قلنا التلف مضاف الى المجموع الا أن رجوع الاول لم يظهر أثره لمانع وهو من بقى فاذا رجع الثانى ظهر أن التلف بهما أقول تقدم فى الحدود عن المحيط اذا شهد على حد الرجم خمسة فرجع الخامس لا ضمان وان رجع الرابع ضمنا الربع وان رجع ثالث يضمن الربع فقوله يضمن الثالث الربع مخالف لما هنا لان المأخوذ من باب الرجوع فى الشهادة أن الخامس والرابع والثالث يضمنون النصف أثلاثا فما فى المحيط اما غلط أو ضعيف أو غير مشهور واذا شهد أربعة على شخص بأربعمائة درهم وقضى بها فرجع أحدهم عن مائة وآخر عن تلك المائة ومائة اخرى وآخر عن تلك المائتين ومائة اخرى فعلى الراجعين خمسون أثلاثا لان الاول لم يرجع الا عن مائة فبقى شاهدا بثلثمائة والرابع الذى لم يرجع شاهد بالثلثمائة كما هو شاهد بالمائة الرابعة أيضا فوجد نصاب الشهادة فى الثلثمائة فلا ضمان فيها وأما المائة الرابعة لما بقى الرابع شاهدا بها ورجع البقية تنصفت لان العبرة لمن بقى فيضمنون نصفها وهو الخمسون أثلاثا فان رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة أرباعا يعنى المائة التى اتفقوا على الرجوع عنها وغير الاول يضمن الخمسين التى اتفقوا على الرجوع عنها أثلاثا ووجه عدم ضمان المائتين والخمسين أن الاول بقى شاهدا بثلثمائة والثالث بقى شاهدا بمائتين فالمائتان تم عليها النصاب وبقى على الثالثة شاهد واحد لم يرجع ولكن لما رجع الثلاثة غيره تنصفت فضمنوا الخمسين أثلاثا سائحانى وقوله والثالث بقى شاهدا لعله والثانى والمسألة مذكورة فى البحر عن المحيط موجهة بعبارة أخرى فراجعه (قوله ضمنت الربع) اذ بقى على الشهادة من يبقى به ثلاثة الارباع منح (قوله فان رجعوا) أى رجع الكل من الرجل والنساء (قوله بالاسداس) السدس على الرجل وخمسة الاسداس على النسوة لان كل امرأتين تقوم مقام رجل واحد (قوله فقط) لانهن وان كثرن بمنزلة رجل واحد (قوله ولا يضمن راجع الخ) هذه المسألة على ستة أوجه لانهما اما أن يشهدا بمهر المثل أو بأزيد أو بأنقص وعلى كل فالمدعى اما هى أو هو ولا ضمان الا فى صورة ما اذا شهدا عليه بأزيد ولو قال المصنف بعد قوله ضمناها للزوج كما فى المنح لافاد جميع الصور خمسة منطوقا وواحدة مفهوما ولا غنى عما نقله الشارح عن العزمية وكان عليه أيضا أن يقول وان بأقل ويحذف ولو شهدا بأصل النكاح لايهامه أن الشهادة فى الاول ليست على أصله وعلى كل فقول الشارح أو أقل تكرار كما لا يخفى قال الحلبى فلو قال المتن ويضمن الزيادة بالرجوع من شهد على الزوج بالنكاح بأكثر من مهر المثل لاستوفى الستة واحدا منطوقا وخمسة مفهوما ثم ظهر لى أن المصنف أظهر ما خفى وأخفى ما ظهر من هذه الصور فذكر عدم الضمان فى الشهادة بمهر المثل ويلزم منه عدمه فى الشهادة بالاقل وصرح بضمان الزيادة وهذا كله لو هى المدعية كما نبه عليه الشارح وأشار به الى أن ما بعده فيما لو كان هو المدعى فذكر المصنف بعده انه لا ضمان لو شهدا بأقل من مهر المثل وسكت عما لو شهدا بمهر المثل أو أكثر للعلم بأنه لا ضمان بالاولى لان الكلام فيما اذا كان هو المدعى ولم يصرح به الشارح كما صرح بالاول فى الاول اعتمادا على ظهور المراد فتنبه (قوله على المعتمد) خلافا لما فى المنظومة النسفية وشرحها وتبعهما صاحب المجمع حيث ذكروا انهما يضمنان عندهما خلافا لابى يوسف قال فى الفتح وما فى الهداية وشروحها هو المعروف ولم ينقلوا سواه وهو المذكور فى الاصول كالمبسوط وشرح الطحاوى والذخيرة وغيرها وانما نقلوا فيها خلاف الشافعى فلو كان لهم شعور بالخلاف فى المذهب لم يعرضوا عنه بالكلية ولم يشتغلوا بنقل خلاف الشافعى (قوله ولو شهدا بالبيع) قال العينى فان شهدا بالبيع بألف مثلا فقضى به القاضى ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن وان كان أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما تجب عليهما القيمة فقط ح ولا يظهر تفاوت بين المسألتين فى الحكم بالضمان لانه فيهما يضمن القيمة لانه فى الاولى ان كان الثمن مثل القيمة فيها وان كان أقل منها يضمنان الزيادة أيضا اهـ (قوله ضمنا القيمة) لان المقضى به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولذا قلنا لو شهدا انه باع من هذا عبده واقاله بشهادة واحدة لا يقضى بالبيع لمقارنة ما يوجب انفساخه وهو

لم يضمن وان رجع آخر ضمنا النصف وان رجعت امرأة من رجل وامرأتين ضمنت الربع وان رجعتا فالنصف وان رجع ثمان نسوة من رجل وعشر نسوة لم يضمن فان رجعت أخرى ضمن) التسع (ربعه) لبقاء ثلاثة أرباع النصاب (فان رجعوا فالغرم بالاسداس) وقالا عليهن النصف كما لو رجعن فقط (ولا يضمن راجع فى النكاح شهد بمهر مثلها) أو أقل اذ الاتلاف بعوض كلا اتلاف (وان زاد عليه ضمناها) لو هى المدعية وهو المنكر عزمى زاده (ولو شهدا بأصل النكاح بأقل من مهر مثلها فلا ضمان) على المعتمد لتعذر المماثلة بين البضع والمال (بخلاف ما لو شهدا عليها بقبض المهر أو بعضه ثم رجعا) ضمنا لها لاتلافهما المهر (وضمنا فى البيع والشراء ما نقص عن قيمة المبيع) لو الشهادة على البائع (أو زاد) لو الشهادة على المشترى للاتلاف بلا عوض ولو شهدا بالبيع وبنقد الثمن فلو فى شهادة واحدة ضمنا القيمة ولو فى شهادتين ضمنا الثمن عينى

(ولو شهدا على البائع بالبيع بألفين الى سنة وقيمته ألف فان شاء ضمن الشهود قيمته حالا وان شاء أخذ المشترى الى سنة وأيا ما اختار برئ الآخر) وتمامه فى خزانة المفتين (وفى الطلاق قبل وطء وخلوة ضمنا نصف المال) المسمى (أو المتعة) ان لم يسم (ولو شهدا انه طلقها ثلاثا وآخران انه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير) للحرمة الغليظة (ولو بعد وطء أو خلوة فلا ضمان) ولو شهدا بالطلاق قبل الدخول وآخران بالدخول ثم رجعوا ضمن شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وشهود الطلاق ربعه اختيار (ولو شهد بعتق فرجعا ضمنا القيمة) لمولاه (مطلقا) ولو معسرين لانه ضمان ٣٩٨ اتلاف (والولاء للمعتق) لعدم تحول العتق اليهما بالضمان فلا يتحول الولاء هداية (وفى التدبير ضمنا ما نقصه) وهو ثلث قيمته ولو مات المولى عتق من الثلث ولزمهما بقية قيمته وتمامه فى البحر (وفى الكتابة يضمنان قيمته) كلها وان شاء اتبع المكاتب (ولا يعتق حتى يؤدى ما عليه اليهما) وتصدقا بالفضل والولاء لمولاه ولو عجز عاد لمولاه ورد قيمته على الشهود (وفى الاستيلاد يضمنان نقصان قيمتها) بأن تقوم قنة وأم ولد لو جاز بيعها فيضمنان ما بينهما (فان مات المولى عتقت وضمنا) بقية (قيمتها) أمة (للورثة) وتمامه فى العينى (وفى القصاص الدية) فى مال الشاهدين وورثاه (ولم يقتصا) لعدم المباشرة ولو شهدا بالعفو لم يضمنا لان القصاص ليس بمال اختيار (وضمن شهود الفرع برجوعهم) لاضافة التلف اليهم (لا شهود الاصل بقولهم) بعد القضاء (لم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا) وكذا لو قالوا رجعنا عنها لعدم اتلافهم ولا الفروع لعدم رجوعهم (ولا اعتبار بقول الفروع) بعد الحكم (كذب الاصول أو غلطوا) فلا ضمان ولو رجع الكل ضمن الفرع فقط (وضمن المزكون) ولو الدية (بالرجوع) عن التزكية (مع علمهم بكونهم عبيدا) خلافا لهما (أما مع الخطا فلا) اجماعا بحر (وضمن شهود التعليق) قيمة القن ونصف المهر لو قبل الدخول (لا شهود الاحصان) لانه شرط بخلاف التزكية لانها علة (والشرط) ولو وحدهم على الصحيح عينى

القضاء بالاقالة فتح وقوله ضمنا الثمن لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا بالايفاء بل شهدا به بعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما فتح زاد الزيلعى وان كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك لانهما أتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الاولى اه (قوله وتمامه فى خزانة المفتين) عبارتها كما فى المنح فان اختار الشهود رجعوا بالثمن على المشترى ويتصدقون بالفضل فان رد المشترى المبيع بعيب بالرضى أو تقايلا رجع على البائع بالثمن ولا شئ على الشهود وان رد بقضاء فالضمان على الشهود بحاله وان اختار رجعا بما أديا اه (قوله ضمنا نصف المال المسمى أو المتعة الخ) لانهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ألا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر أصلا منح (قوله قبل الدخول) قيد فى الشهادتين ح (قوله لا غير) لانه لم يقض بشهادة شهود الواحدة لانه لا يفيد لان حكم الواحدة حرمة خفيفة وحكم الثلاث حرمة غليظة منح (قوله فلا ضمان) لتأكد المهر بالدخول فلم يقررا عليه ما كان على شرف السقوط ح (قوله ضمن شهود الدخول الخ) لانهم قرروا عليه بشهادتهم جميع المهر وقد كان جميعه على شرف السقوط وهذا يقتضى أن يضمنا جميعه لكن شهود الطلاق قبل الدخول قرروا عليه نصف المهر وقد كان على شرف السقوط وقد اختص الفريق الاول بضمان نصف وتنازع مع الفريق الثانى فى ضمان النصف الآخر فيقسم عليهما فيصيب الاول ثلاثة ارباع والثانى ربع ح كذا فى الهامش (قوله اختيار) علله بأن الفريقين اتفقا على النصف فيكون على كل فريق ربعه وانفرد شهود الدخول بالنصف فينفردون بضمانه اه قال وفى البحر عن المحيط ولو رجع شاهدا الطلاق لا ضمان عليهما لانهما أوجبا نصف المهر وشاهدا الدخول لا غير يجب عليهما نصف المهر لانه يثبت بشهادة شهود الطلاق نصف المهر وتلف بشاهدى الدخول نصف المهر وان رجع من كل طائفة واحد لا يجب على شاهدى الطلاق شئ ويجب على شاهدى الدخول الربع اه (قوله لانه ضمان اتلاف) بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف الاملكه ولزم منه فساد ملك صاحبه فضمنه الشارع صلة ومواساة له (قوله بقية قيمته) فان لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه وسعى فى ثلثه وضمن الشاهدان ثلث القيمة بغير عوض ولم يرجعا به على العبد فان عجز العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين ويرجع به الشاهد على العبد عندهما بحر (قوله يضمنان قيمته) والفرق انهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانه لا يحول بل تنقص ماليته فتح (قوله على الشهود) قال فى البحر بعد نقله ذلك عن المحيط وبه علم أن ما فى فتح القدير من أن الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو اه (قوله وورثاه) أى المشهود عليه لو كانا وارثين له (قوله لا شهود الاصل الخ) قال المصنف فى وجهه لانهم أنكروا أى شهود الاصل السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما اذا أنكروا الاشهاد قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله فتح (قوله فلا ضمان) لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع منح (قوله وضمن المزكون) قال فى البحر وأطلق ضمانهم فشمل الدية لو زكوا شهود الزنى فرجم فاذا الشهود عبيد أو مجوس فالدية على المزكين عنده (قوله بكونهم عبيدا) بأن قالوا علمنا انهم عبيد ومع ذلك زكيناهم وقيل الخلاف فيما اذا اخبر المزكون بالحرية بأن قالوا هم أحرار أما اذا قالوا هم عدول فبانوا عبيدا لا يضمنون اجماعا لان العبد قد يكون عدلا جوهرة (قوله أما مع الخطا) بأن قال أخطأت فى التزكية (قوله وضمن شهود التعليق) قال فى البحر لانهم شهود العلة اذ التلف يحصل بسببه وهو الاعتاق والتطليق وهم أثبتوه أطلقه فشمل تعليق العتق والطلاق فيضمن فى الاول القيمة وفى الثانى نصف المهر ان كان قبل الدخول كذا فى الهامش (قوله والشرط) اعلم أن الشرط عند الاصوليين ما يتوقف عليه الوجود وليس بمؤثر فى الحكم ولا مفض اليه والعلة هى المؤثرة

فى الحكم والسبب هو المفضى الى الحكم بلا تأثير والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفا عليه وبهذا ظهر أن الاحصان شرط كما ذكر الاكثر لتوقف وجوب الحد عليه منح كذا فى الهامش (قوله شاهدا الايقاع) قال فى منية المفتى شهدا على انه أمر امرأته أن تطلق نفسها وآخران انها طلقت نفسها وذلك قبل الدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود الطلاق لانهما أثبتا السبب والتفويض شرط كونه سببا بحر كذا فى الهامش (قوله لا التفويض) أى تفويض الطلاق الى المرأة أو تفويض العتق الى العبد وشهد آخران انها طلقت وأن العبد عتق الخ شمنى مدنى

* (كتاب الوكالة) *

(قوله التوكيل صحيح) لم يذكر ما يصير به وكيلا ولا الفرق بين الوكيل والرسول وحررته فى بيوع تنقيح الحامدية قال محرر هذه الحواشى ذكر المؤلف رحمه الله فى الحامدية فى الخيارات سؤالا طويلا وذيله بالفرق وها انا أذكر السؤال من أصله تتميما للفائدة قال رحمه الله سئل فى رجل اشترى من آخر نصف أغنام معلومة ولم يرها ووكل زيدا بقبضها ورآها زيد ويزعم الرجل أن له خيار الرؤية اذا رآها وان رآها وكيله بالقبض فهل نظر الوكيل بالقبض مسقط خيار رؤية الموكل الجواب نعم وكفى رؤية وكيل قبض ووكيل شراء لا رؤية رسول المشترى تنوير من خيار الرؤية ونظر الوكيل بالقبض أى قبض المبيع مسقط عند أبى حنيفة خيار رؤية الموكل كالوكيل بالشراء يعنى كما أن نظر الوكيل بالشراء يسقط خياره وقالا هو كالرسول يعنى نظر الوكيل بالقبض كنظر الرسول فى انه لا يسقط الخيار قيد بالوكيل بالقبض لانه لو وكل رجلا بالرؤية لا تكون رؤيته كرؤية الموكل اتفاقا كذا فى الخانية الخ ما ذكره الشارح ابن ملك والمسألة فى المتون وأطال فيها فى البحر فراجعه وصورة التوكيل بالقبض كن وكيلا عنى بقبض ما اشتريته وما رأيته كذا فى الدرر أقول ولم يذكر الفرق بين الوكيل والرسول وهو لازم قال فى البحر وفى المعراج قيل الفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل لا يضيف العقد الى الموكل والرسول لا يستغنى عن اضافته الى المرسل وفى الفوائد صورة التوكيل أن يقول المشترى لغيره كن وكيلا فى قبض المبيع أو وكلتك بقبضه وصورة الرسول أن يقول كن رسولا عنى فى قبضه أو أرسلتك لتقبضه أو قل لفلان أن يدفع المبيع اليك وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل فى فصل الامر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اه كلام البحر وكتبت فيما علقته عليه أن قوله وفى الفوائد الخ لا ينافى ما قبله لان الاول فى الفرق بين الرسول والوكيل فالرسول لا بد له من اضافة العقد الى مرسله لما مر عن الدرر من انه معبر وسفير بخلاف الوكيل فانه لا يضيف العقد الى الموكل الا فى مواضع كالنكاح والخلع والهبة والرهن ونحوها فان الوكيل فيها كالرسول حتى لو أضاف النكاح لنفسه كان له وما فى الفوائد بيان لما يصير به الوكيل وكيلا والرسول رسولا وحاصله انه يصير وكيلا بألفاظ الوكالة ويصير رسولا بألفاظ الرسالة وبالامر لكن صرح فى البدائع أن افعل كذا وأذنت لك أن تفعل كذا توكيل ويؤيده ما فى الولوالجية دفع له ألفا وقال اشتر لى بها أو بع أو قال اشتر بها أو بع ولم يقل لى كان توكيلا وكذا اشتر بهذا الالف جارية وأشار الى مال نفسه ولو قال اشتر هذه الجارية بألف درهم كان مشورة والشراء للمأمور الا اذا زاد على أن أعطيك لاجل شرائك درهما لان اشتراط الاجر له يدل على الانابة اه وأفاد أنه ليس كل أمر توكيلا بل لا بد مما يفيد كون فعل المأمور بطريق النيابة عن الآمر فليحفظ اه هذا جميع ما كتبه نقلته وبالله التوفيق (قوله ووكل عليه السلام الخ) رواه أبو داود بسند فيه مجهول ورواه الترمذى عن حبيب بن أبى ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب لم يسمع عندى من حكيم الا أن هذا داخل فى الارسال عندنا فيصدق قول المصنف أى صاحب الهداية صح اذ كان حبيب اماما ثقة فتح (قوله كأنت وكيلى فى كل شئ) نقل فى الشرنبلالية وغيرها عن قاضى خان لو قال لغيره أنت وكيلى فى كل شئ أو قال أنت وكيلى بكل قليل وكثير يكون وكيلا بحفظ لا غير هو الصحيح ولو قال أنت وكيلى فى كل شئ جائز أمرك يصير وكيلا فى جميع التصرفات المالية كبيع وشراء وهبة وصدقة واختلفوا فى طلاق وعتاق ووقف فقيل يملك ذلك لاطلاق تعميم اللفظ وقيل لا يملك ذلك الا اذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ الفقيه أبو الليث اه وبه يعلم ما فى كلام الشارح سابقا ولا حقا فتدبر ولا بن

قال وضمن شاهدا الايقاع لا التفويض لانه علة والتفويض سبب انتهى

(كتاب الوكالة) *

مناسبته أن كلا من الشاهد والوكيل ساع فى تحصيل مراد غيره (التوكيل صحيح) بالكتاب والسنة قال تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم ووكل عليه الصلاة والسلام حكيم بن حزام بشراء أضحية وعليه الاجماع وهو خاص وعام كأنت وكيلى فى كل شئ عم الكل حتى الطلاق قال الشهيد وبه يفتى وخصه ابو الليث بغير طلاق وعتاق ووقف واعتمده فى الاشباه وخصه قاضى خان بالمعاوضات فلا يلى العتق والتبرعات وهو المذهب كما فى تنوير البصائر وزواهر الجواهر وسيجىء أن به يفتى واعتمده فى الملتقط فقال وأما الهبات والعتاق فلا يكون وكيلا عند أبى حنيفة خلافا لمحمد

نجيم رسالة سماها المسألة الخاصة في الوكالة العامة ذكر فيها ما في الخانية وما في فتاوى أبي جعفر ثم قال وفي البزازية أنت وكيلي في كل شئ جائز أمرك ملك الحفظ والبيع والشراء ويملك الهبة والصدقة حتى اذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل وعن الامام تخصيصه بالمعاوضات ولا يلي العتق والتبرع وعليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك ووهبت ووقفت أرضك في الاصح لا يجوز اهـ وفي الذخيرة انه توكيل بالمعاوضات لا بالاعتاق والهبات وبه يفتى اهـ وفي الخلاصة كما في البزازية والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شئ الا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به وينبغي أن لا يملك الابراء والحط عن المديون لانهما من قبيل التبرع فدخلا تحت قول البزازي انه لا يملك التبرع وظاهره انه يملك التصرف في مرة بعد أخرى وهل له الاقراض والهبة بشرط العوض فانهما بالنظر الى الابتداء تبرع فان القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء والهبة بشرط العوض هبة ابتداء معاوضة انتهاء وينبغي أن لا يملكهما الوكيل بالتوكيل العام لانه لا يملكهما الا من يملك التبرعات ولذا لا يجوز اقراض الوصي مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وان كانت معاوضة في الانتهاء وظاهر العموم انه يملك قبض الدين واقتضاءه وايفاءه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل والاقرار على الموكل بالديون ولا يختص بمجلس القاضي لان ذلك في الوكيل بالخصومة لا في العام فان قلت لو وكله بصيغة وكلتك وكالة مطلقة عامة فهل يتناول الطلاق والعتاق والتبرعات قلت لم أره صريحا والظاهر أنه لا يملكها على المفتى به لان من الالفاظ ما صرح قاضي خان وغيره بأنه توكيل عام ومع ذلك قالوا بعدمه اهـ ما ذكره ابن نجيم في رسالته ملخصا وقد ساقها الفتال في حاشيته برمتها (قوله وفي الشرنبلالية) عبارتها نقلا عن الخانية وفي فتاوى الفقيه أبي جعفر رجل قال لغيره وكلتك في جميع أموري وأقمتك مقام نفسي لا تكون الوكالة عامة ولو قال وكلتك في جميع أموري التي يجوز بها التوكيل كانت الوكالة عامة تتناول البياعات والانكحة وفي الوجه الاول اذا لم تكن عامة ينظر ان كان الرجل يختلف ليس له صناعة معروفة فالوكالة باطلة وان كان الرجل تاجرا تجارة معروفة تنصرف اليها اهـ وبه يعلم ما في كلام الشارح اذ صورة البطلان ليست في قوله أنت وكيلي في كل شئ كما جرى عليه الشارح هذه العبارات بل في غيرها وهي وكلتك في جميع أموري الخ الا أن يقال هما سواء في عدم العموم ولكن مبنى كلامه على أن ما ذكره عام ولكنك قد علمت ما فيه مما نقلناه سابقا أن ما ذكره ليس مما الكلام فيه اهـ (قوله فلو جهل) كما لو قال وكلتك بمالي منح (قوله نظرا الى أصل التصرف الخ) جواب عما يرد على هذا الشرط وهو توكيل المسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع الصيد لانه صحيح عنده ولا يملكه الموكل س (قوله فلا يصح توكيل مجنون) مصدر مضاف للفاعل (قوله بتصرف) متعلق بتوكيل (قوله ان مأذونا) أي ان كان الصبي الموكل مأذونا (قوله توكيل عبد) مضاف لفاعله (قوله توكيل مرتد) بخلاف توكله عن غيره كما سنذكره (قوله وان امتنع عنه الموكل الخ) ومثله ما لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأعتقه قبل قبضه لا يصح ولو أمر البائع باعتاقه يصح لانه يصير قابضا اقتضاء كما قدمه في البيع الفاسد (قوله فتنبه) أشار به الى انه لا تنافي بين كلاميه كما قدمه (قوله ثم ذكر) عطف على محذوف أي ذكر شرط الموكل به والموكل ثم ذكر الخ تأمل (قوله يعقل العقد) أي يعقل أن البيع سالب للمبيع جالب للثمن وأن الشراء بالعكس ح وفي البحر وما يرجع الى الوكيل فالعقل فلا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل لا البلوغ والحرية وعدم الردة فيصح توكيل المرتد ولا يتوقف لان المتوقف ملكه والعلم للوكيل بالتوكيل فلو وكله ولم يعلم فتصرف توقف على اجازة الموكل أو الوكيل بعد علمه اهـ (قوله ولو صبيا) قال في جامع أحكام الصغار فان كان الصبي مأذونا في التجارة فصار وكيلا بالبيع بثمن حال أو مؤجل فباع جاز بيعه ولزمته العهدة وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا وتكون العهدة على الآمر حتى ان البائع يطالب الآمر بالثمن دون الصبي وان وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه اهـ فتال وتمامه في البحر في شرح قوله والحقوق فيما يضيفه الوكيل الى نفسه الخ فراجعه (قوله محجورا) صفة للصبي والعبد كذا في الهامش (قوله فلذا لم يقل ويقصده) أي البيع احترازا عن بيع الهازل والمكره كما ذكره صاحب الهداية كذا في الهامش (قوله تبعا للكنز) أي حال

كونه

وفي الشرنبلالية ولو لم يكن للموكل صناعة معروفة فالوكالة باطلة (وهو اقامة الغير مقام نفسه) ترفها أو عجزا (في تصرف جائز معلوم) فلو جهل ثبت الادنى وهو الحفظ (ممن يملكه) أي التصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع في بعض الاشياء بعارض النهي ابن كمال (فلا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل مطلقا وصبي يعقل بـ) تصرف ضار (نحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة وصح بما ينفعه) بلا اذن وليه (كقبول هبة و) صح (بما تردد بين ضرر ونفع كبيع واجارة ان مأذونا والا توقف على اجازة وليه) كما لو باشره بنفسه (ولا يصح توكيل عبد محجور وصح لو مأذونا أو مكاتبا وتوقف توكيل مرتد فان أسلم نفذ وان مات أو لحق أو قتل لا) خلافا لهما (و) صح (توكيل مسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير) وشرائهما كما مر في البيع الفاسد (ومحرم حلالا ببيع صيد وان امتنع عنه الموكل لعارض) النهي كما قدمنا فتنبه ثم ذكر شرط التوكيل فقال (اذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا أو عبدا محجورا) لا يخفى أن الكلام الآن في صحة الوكالة لا في صحة بيع الوكيل فلذا لم يقل ويقصده تبعا للكنز

ثم ذكر ضابط الموكل فيه فقال (بكل ما يباشره) الموكل (بنفسه) لنفسه فشمل الخصومة ٤٠١ فلذا قال (فصح بخصومة فى حقوق العباد برضى الخصم) وجوّزاه بلا رضاه وبه قالت الثلاثة وعليه فتوى أبى الليث وغيره واختاره العتابى وصححه فى النهاية والمختار للفتوى تفويضه للحاكم درر (الا أن يكون) الموكل (مريضا) لا يمكنه حضور مجلس الحكم بقدميه ابن كمال (او غائبا مدة سفر أو مريدا له) ويكفى قوله أنا أريد السفر ابن كمال (او مخدرة) لم تخالط الرجال كما مرّ (او حائضا) او نفساء (والحاكم بالمسجد) اذا لم يرض الطالب بالتأخير بحر (او محبوسا من غير حاكم) هذه (الخصومة) فلو منه فليس بعذر بزازية بحثا (او لا يحسن الدعوى) خانية (لا) يكون من الاعذار (ان كان) الموكل (شريفا خاصم من دونه) بل الشريف وغيره سواء بحر (وله الرجوع عن الرضى قبل سماع الحاكم الدعوى) لا بعده قنية (ولو اختلفا فى كونها مخدرة ان من بنات الاشراف فالقول لها مطلقا) ولو ثيبا فيرسل امينه ليحلفها مع شاهدين بحر وأقرّه المصنف (وان من الاوساط فالقول لها لو بكرا وان) هى (من الاسافل فلا فى الوجهين) عملا بالظاهر بزازية (و) صح (بايفائها و) كذا بـ(استيفائها الا فى حدّ وقود) بغيبة موكله عن المجلس ملتقى (وحقوق عقد لا بدّ من اضافته) اى ذلك العقد (الى الوكيل كبيع واجارة وصلح عن اقرار يتعلق به) مادام حيا ولو غائبا ابن ملك

كونه تابعا فى عدم القول للكنز وذكره صاحب الهداية محترزا به عن بيع الهازل والمكره ح (قوله ثم ذكر ضابط الموكل فيه) أى ماذكره المصنف ضابط لا حدّ فلا يرد عليه أنّ المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمى به لانّ ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمى مسلما ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوصل به بتوكيل الذمى به فصدق الضابط لانه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به فى الجملة وتمامه فى البحر (قوله بكل) متعلق بقول الماتن أول الباب التوكيل صحيح لنفسه أخرج الوكيل فانه لا يوكل مع انه يباشر بنفسه (قوله فشمل الخصومة) تفريع على قوله بكل ما يباشره وهو أولى من قول الكنز بكل ما يعقد لشموله العقد وغيره كما فى البحر أى كالخصومة والقبض (قوله فصح بخصومة) شمل بعضا معينا وجميعها كما فى البحر وفيه عن منية المفتى ولو وكله فى الخصومة له لا عليه فله اثبات ما للموكل فلو أراد المدّعى عليه الدفع لم تسمع قال فالحاصل انها تخصص بتخصيص الموكل وتعم بتعميمه وفى البزازية ولو وكله بكل حق هو له وبخصومته فى كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز اه وتمامه فيه (قوله برضى الخصم) شمل الطالب والمطلوب بحر (قوله وجوّزاه الخ) قال فى الهداية لا خلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم يعنى هل ترتدّ الوكالة بردّ الخصم عند أبى حنيفة نعم وعندهما لا ويجبر جوهرة (قوله وعليه فتوى أبى الليث) أفتى الرملى بقول الامام الذى عليه المتون واختاره غير واحد (قوله تفويضه للحاكم) بحث فيه فى البزازية فانظر ما فى البحر وفى الزيلعى أى أنّ القاضى اذا علم من الخصم التعنت فى الاباء عن قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك وان علم من الموكل قصد الاضرار لخصمه لا يقبل منه التوكيل الا برضى اه (قوله لا يمكنه حضور مجلس الحكم) وان قدر على الحضور على ظهر الدابة او ظهر انسان فان ازداد مرضه بذلك لزم توكيله فان لم يزد قيل على الخلاف والصحيح لزومه كذا فى البزازية بحر (قوله ويكفى قوله أنا اريد السفر) قال فى البحر وفى المحيط وارادة السفر أمر باطنى فلا بدّ من دليلها وهو اما تصديق الخصم بها أو القرينة الظاهرة ولا يقبل قوله انى اريد السفر لكن القاضى ينظر فى حاله وفى عدّته فانه لا يخفى هيئة من يسافر كذا ذكره الشارح وفى البزازية وان قال أخرج بالقافلة الفلانية سألهم عنه كما فى فسخ الاجارة وفى خزانة المفتين وان كذبه الخصم فى ارادته السفر يحلفه القاضى بالله انك تريد السفر اه (قوله اذا لم يرض الطالب) قال فى الجوهرة ان كانت هى طالبة قبل منها التوكيل بغير رضى الخصم وان كانت مطلوبة ان اخرها الطالب حتى يخرج القاضى من المسجد لا يقبل منها التوكيل بغير رضى الخصم الطالب لانه لا عذر لها الى التوكيل اه (قوله بزازية بحثا) عبارتها وكونه محبوسا من الاعذار يلزمه توكيله فعلى هذا لو كان الشاهد محبوسا له أن يشهد على شهادته قال القاضى ان فى سجن القاضى لا يكون عذرا لانه يخرجه حتى يشهد ثم يعيده وعلى هذا يمكن أن يقال فى الدعوى أيضا كذلك بأن يجيب عن الدعوى ثم يعاد اه قلت ولا يخفى انه مفهوم عبارة المصنف وهى ليست من عنده بل واقعة فى كلام غيره والمفاهيم حجة بل صرّح به فى الفتح حيث قال ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين ان كان فى حبس هذا القاضى لا يقبل التوكيل بلا رضاه لان القاضى يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده وان كان فى حبس الوالى ولا يمكنه الوالى من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل اه (قوله وله) اى المدّعى عليه (قوله فيرسل أمينه) اى القاضى (قوله فالقول لها) اى اذا وجب عليها يمين (قوله فى الوجهين) اى فيما اذا كانت بكرا او ثيبا (قوله وصح بايفائها) اى حقوق العباد اى يصح التوكيل بايفاء جميع الحقوق واستيفائها الا فى الحدود والقصاص لانّ كلا منها ما يباشره بنفسه فيملك التوكيل به بخلاف الحدود والقصاص فانها تندرئ بالشبهات والمراد بالايفاء هنا دفع ما عليه وبالاستيفاء القبض منح (قوله الا فى حدّ وقود) استثناء من قوله وبايفائها واستيفائها وقوله بغيبة موكله قيد للثانى فقط كما نبه عليه فى البحر وقوله قبله باستيفائها اى وكذا باثباتها بالبينة عند الامام أبى حنيفة خلافا لابى يوسف ولم يصرّح به هنا لدخوله فى قوله فصح بخصومة كما فى البحر (قوله يتعلق به) اى بالوكيل منح (قوله مادام حيا ولو غائبا) فاذا باع وغاب لا يكون للموكل قبض الثمن كما فى البحر عن المحيط وقوله مادام حيا عزاه فى البحر الى الصغرى ولكن قال بعده وشمل ما اذا مات لما فى البزازية ان مات الوكيل عن وصى قال الفضلى تنتقل الحقوق الى وصيه لا الموكل وان لم يكن وصى يرفع الى الحاكم ينصب وصيا عند

(ان لم يكن محجورا كتسليم مبيع وقبضه وقبض ثمن ورجوع به عند استحقاقه وخصومة فى عيب بلا فصل بين حضور موكله وغيبته) لانه العاقد
حقيقة وحكما لكن فى الجوهرة لو حضرا فالعهدة على آخذ الثمن لا العاقد فى اصح الاقاويل ولو أضاف العقد الى الموكل تتعلق الحقوق

بالموكل اتفاقا ابن ملك فليحفظ فقوله لا بدّ فيه ما فيه ولذا قال ابن الكمال يكتفى بالاضافة الى نفسه فافهم (وشرط) الموكل (عدم تعلق الحقوق به) اى بالوكيل (لغو) باطل جوهرة (والملك يثبت للموكل ابتداء) فى الاصح (فلا يعتق قريب الوكيل بشرائه ولا يفسد نكاح زوجته به و) لكن (هما) ثابتان (على الموكل لو اشترى وكيله قريب موكله وزوجته) لان الموجب للعتق والفساد الملك المستقر (وفى كل عقد لا بدّ من اضافته الى موكله) يعنى لا يستغنى عن الاضافة الى موكله حتى لو أضافه الى نفسه لا يصح ابن كمال (كنكاح وخلع وصلح عن دم عمد أو عن انكار وعتق على مال وكتابة وهبة وتصدق واعارة وايداع ورهن واقراض وشركة ومضاربة عينى (تتعلق بموكله) لا به لكونه فيها سفيرا محضا حتى لو أضافه لنفسه وقع النكاح له فكان كالرسول (فلا مطالبة عليه) فى النكاح (بمهر وتسليم للزوجة (وللمشترى الاباء عن دفع الثمن للموكل وان دفع) له (صح ولو مع نهى الوكيل) استحسانا (ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لعدم الفائدة نعم تقع المقاصة بدين الوكيل لو وحده ويضمنه لموكله بخلاف وكيل يتيم وصرف عينى (ومثله) اى مثل الوكيل عبد (مأذون لا دين عليه مع مولاه) فلا يملك قبض ديونه ولو قبض صح استحسانا مالم يكن عليه دين لانه للغرماء بزازية (فرع) التوكيل بالاستقراض باطل لا الرسالة درر والتوكيل بقبض القرض صحيح قنية

القبض وهو المعقول وقيل ينتقل الى موكله ولاية قبضه فيحتاط عند الفتوى اهـ ثم قال فى البحر بعد ورقة ونصف والوكيل بالشراء اذا اشترى بالنسيئة فمات الوكيل حلّ عليه الثمن ويبقى الاجل فى حق الموكل وجزمه هنا يدل على أن المعتمد فى المذهب ما قال انه المعقول وقد أفتيت به بعد ما احتطت كما قال فيما سبق اهـ (قوله ان لم يكن) اى الوكيل (قوله محجورا) فان كان محجورا كالعبد والصبى المحجورين فانهما اذا عقدا بطريق الوكالة تتعلق حقوق عقدهما بالموكل س (قوله كتسليم مبيع) بيان لحقوق العقد (قوله ورجوع به عند استحقاقه) شامل لمسألتين * الاولى ما اذا كان الوكيل بائعا وقبض الثمن من المشترى ثم استحق المبيع فان المشترى يرجع بالثمن على الوكيل سواء كان الثمن باقيا فى يده او سلمه الى الموكل وهو يرجع على موكله * الثانية ما اذا كان مشتريا فاستحق المبيع من يده فانه يرجع بالثمن على البائع دون موكله وفى البزازية المشترى من الوكيل باعه من الوكيل ثم استحق من الوكيل رجع الوكيل على المشترى منه وهو على الوكيل والوكيل على الموكل وتظهر فائدته عند اختلاف الثمن انتهى بحر (قوله فى عيب) شامل لمسألتين أيضا ما اذا كان بائعا فيرده المشترى عليه وما اذا كان مشتريا فيرده الوكيل على بائعه لكن بشرط كونه فى يده فلو سلمه الى الموكل فلا يرده الا باذنه كما سيأتى فى الكتاب بحر (قوله ولو أضاف الخ) رده فى البحر فراجعه فلا يرد اعتراضه على المصنف وههنا كلام فى حاشية الفتال وحاشية أبى السعود فراجعه وكذا فى نور العين فى أحكام الوكالة فى الفصل الثالث والثلاثين وكتبته فى هامش البحر (قوله يكتفى) اى من غير لزوم (قوله لان الموجب الخ) هذا لا يناسب كلام المصنف بل هو جار على القول الثانى من أنه يثبت للوكيل ابتداء ثم ينتقل الى الموكل (قوله حتى لو أضافه الى نفسه لا يصح) اى لا يصح على الموكل فلا ينافى قوله الآتى حتى لو أضاف النكاح لنفسه وقع النكاح له كما ظن وفى البزازية الوكيل بالطلاق والعتاق اذا اخرج الكلام مخرج الرسالة بان قال ان فلانا أمرنى أن اطلق او اعتق ينفذ على الموكل لان عهدتهما على الموكل على كل حال ولو أخرج الكلام فى النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضافه الى نفسه صح الا فى النكاح والفرق أنه فى الطلاق أضافه الى الموكل معنى لانه بناء على ملك الرقبة وهى للموكل فى الطلاق والعتاق فأما فى النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر حتى لو كان بالنكاح من جانبها او أخرج مخرج الوكالة لا يصير مخالفا لاضافته الى المرأة معنى فكانه قال ملكتك بضع موكلتى اهـ قال فى البحر فعلى هذا معنى الاضافة الى الموكل مختلف ففى وكيل النكاح من قبل الزوج على وجه الشرط وفيما عداه على وجه الجواز فيجوز عدمه اهـ وفى حاشية الفتال عن الاشباه الوكيل بالابراء اذا ابرأ ولم يضفه الى موكله لم يصح كذا فى الخزانة اهـ أقول وظاهر ما فى البحر أنه لا تلزم الاضافة الا فى النكاح وهو مخالف لكلامهم فانظر ما فى الدرر وتدبر وانظر ما علقناه على البحر وراجع أيمان شرح الوهبانية (قوله او عن انكار) هذا الصلح لا تصح اضافته الى الوكيل بخلاف الصلح عن اقرار فانه تصح اضافته الى كل منهما وقد عرفت اختلاف الاضافة فى الموضعين فافترق الصلحان فى الاضافة ابن كمال وفيه رد على صدر الشريعة حيث قال لا فرق فيهما (قوله وهبة وتصدق) انظر ما حقوق الهبة والصدقة المتعلقة بالموكل (قوله سفيرا) السفير الرسول والمصلح بين القوم صحاح كذا فى الهامش فانه يضيفهما الى موكله فانه يقول خالعك موكلى بكذا وكذا فى امثاله ابن ملك مجمع (قوله بمهر) اى اذا كان وكيل الزوج (قوله وتسليم) اى اذا كان وكيلها (قوله للموكل) لكونه اجنبيا عن الحقوق لرجوعها الى الوكيل أصالة (قوله نعم تقع المقاصة) فلو كان للمشترى على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد بوصول الحق اليه بطريق التقاص ولو كان له دين عليهما تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل وقال ابو يوسف رضى الله عنه لا تقع المقاصة بدين الوكيل بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشترى الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن الى الوصى لان اليتيم ليس له قبض ماله أصلا فلا يكون له الاخذ من الدين فيكون الدفع اليه تضييعا فلا يعتدّ به وبخلاف الوكيل فى الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتدّ بقبضه اهـ عينى كذا فى الهامش (قوله بخلاف) متعلق بقوله وان دفع له ح وقوله وكيل يتيم اى وصيه (قوله فلا يملك) اى المولى (قوله بقبض القرض) بأن يقول الرجل أقرضنى ثم يوكل رجلا بقبضه بحر عن القنية (فرع) التوكيل بالاقرار صحيح ولا يكون التوكيل به قبل

الاقرار

(باب الوكالة بالبيع والشراء) الاصل انها ان عمت او علمت او جهلت جهالة يسيرة وهى جهالة النوع المحض كفرس صحت وان فاحشة وهى جهالة الجنس كدابة بطلت وان متوسطة كعبد فان بين الثمن او الصفة كتركى صحت والا لا (وكله بشراء ثوب هروى أو فرس أو بغل صح) بما يحتمله حال الآمر زيلعى فراجعه (وان لم يسم) ثمنا لانه من القسم الاول (وبشراء دار أو عبد جاز ان سمى) الموكل (ثمنا) يخصص نوعا اولا بحر (او نوعا) كحبشى زاد فى البزازية اوقدرا ككذا قفيزا (والا) يسم ذلك (لا) يصح وألحق بجهالة الجنس (و) هى ما لو وكله (بشراء ثوب او دابة لا) يصح (وان سمى ثمنا) للجهالة الفاحشة (وبشراء طعام وبين قدره او دفع ثمنه وقع) فى عرفنا (على المعتاد) المهيأ (للاكل) من كل مطعوم يمكن اكله بلا ادام (كلحم مطبوخ او مشوى) وبه قالت الثلاثة (وبه يفتى) عينى وغيره اعتبارا للعرف كما فى اليمين (وفى الوصية له) اى لشخص (بطعام يدخل كل مطعوم) ولو دواء به حلاوة كسكنجبين بزازية (وللوكيل الرد بالعيب مادام المبيع فى يده) لتعلق الحقوق به (ولوارثه او وصيه ذلك بعد موته) موت الوكيل (فان لم يكونا فلموكله ذلك) اى الرد بالعيب وكذا الوكيل بالبيع وهذا اذا لم يسلمه (فلو سلمه الى موكله امتنع رده الا بأمره) لانتهاء الوكالة بالتسليم بخلاف وكيل باع فاسدا فله الفسخ مطلقا لحق الشرع قنية (و) للوكيل (حبس المبيع بثمن دفعه) الوكيل (من ماله أولا) بالاولى لانه كالبائع (ولو اشتراه) الوكيل (بنقد ثم أجله البائع كان للوكيل المطالبة به حالا) وهى الحيلة خلاصة ولو وهبه كل الثمن رجع بكله ولو بعضه رجع بالباقى لانه حط بحر (هلك المبيع من يده قبل حبسه هلك من مال موكله ولم يسقط الثمن) لان يده كيده (ولو) هلك (بعد حبسه فهو كمبيع) فيهلك بالثمن وعند الثانى كرهن (ولا اعتبار بمفارقة الموكل) ولو حاضرا كما اعتمده المصنف تبعا للبحر خلافا للعينى وابن ملك

الاقرار اقرارا من الموكل وعن الطواويسى معناه أن يوكل بالخصومة ويقول خاصم فاذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار على فأقر بالمدعى يصح اقراره على الموكل كذا فى البزازية وللشافعية فيها قولان اصحهما الا يصح وقدم الشيخ يعنى صاحب البحر فى كتاب الشركة فى الكلام على الشركة الفاسدة أنه لا يصح التوكيل فى المباح وأنه باطل رملى على البحر والفرع سيأتى متنا فى باب الوكالة بالخصومة والله اعلم

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

(قوله ان عمت) بأن يقول ابتع لى ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فأى شئ يشتريه يكون ممتثلا درر وفى البحر عن البزازية ولو وكله بشراء اى ثوب شاء صح ولو قال اشترلى الاثواب لم يذكره محمد قيل يجوز وقيل لا ولو أثوابا لا يجوز ولو ثيابا او الدواب او الثياب او دواب يجوز وان لم يقدر الثمن (قوله بطلت) اى وان بين الثمن (قوله متوسطة) اوضحه فى النهاية (قوله زيلعى) عبارته لان الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن ينظر فى حاله ح وفى الكفاية فان قيل الحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان الغازى اذا أمر انسانا بأن يشترى له حمارا ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز عليه اه (قوله القسم الاول) اى ما فيه جهالة يسيرة وهى جهالة النوع المحض (قوله دارا أو عبد) جعل الدار كالعبد تبعا للكنز موافقا لقاضى خان لكنه شرط مع بيان الثمن بيان المحلة كما فى فتاواه مخالفا للهداية فانه جعلها كالثوب لانها تختلف باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان وذكر فى المعراج أنه مخالف لرواية المبسوط قال والمتأخرون قالوا فى ديارنا لا يجوز الا ببيان المحال ووفق فى البحر بحمل ما فى الهداية على ما اذا كانت تختلف فى تلك الدار اختلافا فاحشا وكلام غيره على غيره (قوله أولا) بأن كان يوجد بهذا الثمن انواع (قوله وهى) اى جهالة الجنس (قوله بشراء ثوب او دابة الخ) أقول سيأتى متنا فى هذا الباب لو وكله بشراء شئ بغير عينه فالشراء للوكيل الا اذا نواه للموكل أو شراه بماله أى مال الموكل والظاهر أنه مقيد بما اذا سمى ثمنا أو نوعا تامل ويكون قوله بغير عينه مقابلا لما سمى عينه بعد بيان الجنس (قوله فى عرفنا) نقلوه عن بعض مشايخ ما وراء النهر قال فى البزازية وفى عرفنا ما ذكرنا قال فى البحر ولكن عرف القاهرة على خلافه فان الطعام عندهم للطبيخ بالمرق واللحم (قوله بزازية) قال فى المنح بعد قوله يدخل كل مطعوم كما فى البزازية وفى أيمانها لا يأكل طعاما فأكل دواء ليس بطعام كالسقمونيا لا يحنث ولو به حلاوة كالسكنجبين يحنث اه فليتأمل (قوله بالعيب) أشار الى أنه لو رضى بالعيب فانه يلزمه ثم الموكل ان شاء قبله وان شاء ألزم الوكيل وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك من مال الموكل كذا فى البزازية والى أن الرد عليه لو كان وكيلا بالبيع فوجد المشترى به عيبا مادام الوكيل عاقلا من اهل لزوم العهدة فلو محجورا فعلى الموكل بحر (قوله وهذا الخ) لا حاجة اليه مع قول المتن مادام المبيع فى يده ح (قوله مطلقا) اى وان سلمه وقبض الثمن وسلمه الى الموكل فيسترد الثمن منه بغير رضاه (قوله حبس المبيع) الذى اشتراه للموكل منح (قوله دفعه) قال فى المنح قيد بقوله دفعه لانه لو لم يكن دفعه فله الحبس بالاولى لانه مع الدفع ربما يتوهم أنه متبرع بدفع الثمن فلا يحبس فأفاد بالحبس أنه ليس بمتبرع وأن له الرجوع على موكله بما دفعه وان لم يأمره به صريحا للاذن حكما (قوله أولا) اى لم يدفعه (قوله لانه) تعليل للحبس لا للاولوية (قوله بنقد) اى بثمن حال فلو بمؤجل تأجل فى حق الموكل أيضا فليس للوكيل طلبه حالا بحر (قوله كل الثمن) اى جملة واحدة قال فى البحر ولو وهبه خمسمائة ثم الخمسمائة الباقية لم يرجع الوكيل على الآمر الا بالاخرى لان الاولى حط والثانية هبة (قوله فهو كمبيع) عند محمد وهو قول أبى حنيفة ابن كمال (قوله كرهن) اى فيهلك بالاقل من قيمته ومن الثمن وعند زفر كغصب فان كان الثمن مساويا للقيمة فلا اختلاف وان كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر فعند زفر يضمن خمسة عشر لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة وعند الباقين يضمن عشرة وان كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة ويطلب الخمسة من الموكل وكذا عند أبى يوسف لان الرهن يضمن بالاقل من قيمته والدين وعند محمد يكون مضمونا بالثمن وهو خمسة عشر ابن كمال (قوله وابن ملك) اى والحدادى نقلا عن المستصفى ومشى عليه فى درر

البحار وعزاه صاحب النهاية الى الامام خواهرزاده واستشكله الزيلعي وصاحب العناية بأن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد أولم يحضر وقال الزيلعي واطلاق المبسوط وسائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا ولو كان حاضرا وهذا منشأ ما مشى عليه المصنف تبعا للبحر لكن أجاب العيني عن الاشكال بأن الوكيل نائب فاذا حضر الاصيل فلا يعتبر النائب اهـ وتعقبه الحموي بأن الوكيل نائب في أصل العقد أصيل في الحقوق فلا اعتبار بحضرة الموكل وبه علمت أن ماذكره الشارح اى العيني في غير محله قلت والذي يدفع الاشكال من اصله ماقدمه الشارح عن الجوهرة من أن العهدة على آخذ الثمن لا العاقد لو حضرا في أصح الاقاويل وماذكره العيني وصاحب العناية مبني على القول الآخر من أنه لا عبرة بحضرته وهو ما مشى عليه في المتن سابقا فتنبه (قوله ولو صبيا) أتى بالمبالغة لانه محل موهم حيث لا ترجع الحقوق اليه (قوله فيبطل العقد الخ) كذا قاله صاحب الهداية والكافي وسائر المتأخرين درر وهو تفريع على الاصل المذكور (قوله بمفارقته) اى الوكيل (قوله صاحبه) وهو العاقد منح (قوله والمراد الخ) قال الزيلعي وهذا في الصرف مجرى على اطلاقه فانه يجوز التوكيل فيه من الجانبين وأما في السلم فانه يجوز بدفع رأس المال فقط وأما بأخذه فلا يجوز لان الوكيل اذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه في ذمته وهو مبيع ورأس المال ثمنه ولا يجوز أن يبيع الانسان ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال مملوك له واذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا اهـ (قوله ضعفه) احترز عن الزيادة القليلة كعشرة ارطال ونصف فانها لازمة للآمر لانها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة بحر عن غاية البيان (قوله خلافا لهما) فعندهما يلزمه العشرون بدرهم لانه فعل المأمور وزاده خيرا منح (قوله كغير موزون) قيد به لان في القيميات لا ينفذ شئ على الموكل منح (قوله بخلاف الخ) محل هذا بعد قوله لا يشتريه لنفسه ح (قوله والفرق في الوافي) ذكره الزيلعي أيضا وحاصله أن النكاح الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فينعزل اذا خالف وأضافه الى نفسه بخلاف الشراء فانه مطلق غير مقيد بالاضافة الى كل أحد اهـ (قوله غير الموكل) بالجر صفة شئ مخصصة وبالنصب استثناء منه او حال قال في المنح وانما قيدنا بغير الموكل للاحتراز عما اذا وكل العبد من يشتريه له من مولاه او وكل العبد بشرائه له من مولاه فاشترى فانه لا يكون للآمر مالم يصرح به للمولى انه يشتريه فيهما للآمر مع أنه وكيل بشراء شئ بعينه كما سيأتي اهـ وكأن وجه الاحتراز عما ذكره من الصورتين باعتبار احتمال لفظ الموكل لاسم الفاعل واسم المفعول ولا يخفى ما فيه فكان الاولى أن يقول غير الموكل والموكل اهـ (قوله لا يشتريه لنفسه) اى بلا حضوره باقاني كذا في الهامش (قوله بالاولى) اوضحه في البحر (قوله دفعا للغرر) قال الباقاني لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه فلا يملكه على ماقيل الا بمحضر من الموكل كذا في الهداية اهـ هكذا في الهامش وفيه الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه لان الواحد لا يكون مشتريا وبائعا فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه وان أمره الموكل أنه يبيعه من نفسه أو أولاده الصغار أو ممن لا تقبل شهادته فباع منه جاز بزازية اهـ حامدية واذا وكله أن يشتري له عبدا بعينه بثمن مسمى وقبل الوكالة ثم خرج من عند الموكل وأشهد على نفسه أن يشتريه لنفسه ثم اشترى العبد بمثل ذلك الثمن فهو للموكل فتاوى هندية (قوله فلو اشتراه) تفريع على قوله حيث لم يكن مخالفا (قوله بغير النقود) اى اذا لم يكن الثمن مسمى (قوله أو بخلاف) شمل المخالفة في الجنس والقدر وفيه كلام فانظره في البحر (قوله ما سمى) اى ان كان الثمن مسمى (قوله فالشراء للوكيل) المسألة على وجوه كما في البحر وحاصلها أنه ان أضاف العقد الى مال أحدهما كان المشتري له وان أضافه الى مال مطلق فان نواه للآمر فهو له وان نواه لنفسه فهو له وان تكاذبا في النية يحكم النقد اجماعا وان توافقا على عدمها فللعاقد عند الثاني وحكم النقد عند الثالث وبه علم أن محل النية للموكل فيما اذا أضافه الى مال مطلق سواء نقده من ماله أو من مال الموكل وكذا قوله ولو تكاذبا وقوله ولو توافقا محله فيما اذا أضافه الى مال مطلق لكن في الاول يحكم النقد اجماعا وفي الثاني على الخلاف السابق اهـ (قوله اوشراه) معناه اضافة العقد الى ماله لا الشراء من ماله بحر (قوله فهو لك) الصواب اسقاطه لقوله وهو حي كما في الشرنبلالية وتبع فيه صاحب الدرر وصدر الشريعة

(بل بمفارقة الوكيل) ولو صبيا (في صرف وسلم فيبطل العقد بمفارقته صاحبه قبل القبض) لانه العاقد والمراد بالسلم الاسلام لا قبول السلم لانه لا يجوز ابن كمال (والرسول فيهما) اى الصرف والسلم (لا تعتبر مفارقته بل مفارقة مرسله) لان الرسالة في العقد لا القبض واستفيد صحة التوكيل بهما (وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى ضعفه بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) خلافا لهما والثلاثة قلنا انه مأمور بأرطال مقدرة فينفذ الزائد على الوكيل ولو شرى مالا يساوي ذلك وقع للوكيل اجماعا كغير موزون (ولو وكله بشراء شئ بعينه) بخلاف الوكيل بالنكاح اذا تزوجها لنفسه صح منية والفرق في الوافي (غير الموكل لا يشتريه لنفسه) ولا لموكل آخر بالاولى (عند غيبته حيث لم يكن مخالفا) دفعا للغرر (فلو اشتراه بغير النقود او بخلاف ما سمى) الموكل (له من الثمن وقع) الشراء (للوكيل) لمخالفته أمره وينعزل في ضمن المخالفة عيني (وان) بشراء شئ (بغير عينه فالشراء للوكيل الا اذا نواه للموكل) وقت الشراء (اوشراه بماله) اى بمال الموكل ولو تكاذبا في النية حكم بالنقد اجماعا ولو توافقا انها لم تحضره فروايتان (زعم أنه اشترى عبدا لموكله فهلك وقال موكله بل شريته لنفسك فان) كان العبد (معينا وهو حي)

قائم (فالقول للمامور مطلقا) اجماعا تقدالثمن اولا لاخباره عن أمر يملك استئنافه (وان ميتا و) الحال أن (الثمن منقود فكذلك) الحكم (والا) يكن منقودا (فالقول للموكل) لانه ينكر الرجوع عليه (وان) العبد (غير معين) وهو حى أوميت (فكذا) أى يكون للمامور (ان الثمن منقودا) لانه أمين (والا فللآمر) للتهمة خلافا لهما (قال بعنى هذا العمرو فباعه ثم انكر الامر) اى انكر المشترى أن عمرا أمره بالشراء (أخذه عمرو ولغا انكاره) الامر لمناقضته لاقراره بتوكيله بقوله بعنى لعمرو (الا أن يقول عمرو لم آمره به) اى بالشراء (فلا) يأخذه عمرو لان اقرار المشترى ارتد برده (الا أن يسلمه المشترى اليه) اى الى عمرو لان التسليم على وجه البيع بيع بالتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن للعرف (أمره بشراء شيئين معينين) اوغير معينين اذا نواه للموكل كما مر بحر (و) الحال انه (لم يسم ثمنا فاشترى له أحدهما بقدر قيمته اوبزيادة) يسيرة (يتغابن الناس فيها صح) عن الآمر (والالا) اذ ليس للوكيل الشراء بغبن فاحش اجماعا بخلاف وكيل البيع كما سيجىء (و) كذا (بشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أوأقل صح و) لو (بالاكثر) ولو يسيرا (لا) يلزم الآمر (الا ان يشترى الثانى) من المعينين مثلا (بمابقى) من الالف (قبل الخصومة) لحصول المقصود وجوزاه ان بقى مايشترى بمثله الآخر (و) لوأمر رجل مديونه (بشراء شئ) معين (بدين له عليه وعينه او) عين (البائع صح) وجعل البائع وكيلا ٤٠٥ بالقبض دلالة فيبرأ الغريم بالتسليم اليه بخلاف غير المعين لان توكيل المجهول باطل ولذا قال (والا) يعين (فلا) يلزم الآمر (ونفذ على المأمور) فهلاكه عليه خلافا لهما وكذا الخلاف لوأمره أن يسلم ماعليه أويصرفه بناء على تعين النقود فى الوكالات عنده وعدم تعينها فى المعاوضات عندهما (ولوأمره) أى أمر رجل مديونه (بالتصدق بما عليه صح) أمره بجعله المال لله تعالى وهو معلوم (كما) صح امره (لوأمر) الآجر (المستأجر بمرمة ماستأجره مما عليه من الأجرة) وكذا لوأمره بشراء عبد يسوق الدابة وينفق عليها صح اتفاقا للضرورة لانه لايجد الآجر كل وقت فجعل المؤجر كالمؤجر فى القبض قلت وفى شرح الجامع الصغير لقاضى خان ان كان ذلك قبل وجوب الأجرة لايجوز وبعد الوجوب قيل على الخلاف الخ فراجعه (و) لوأمره (بشرائه بألف ودفع) الالف (فاشترى وقيمته كذلك فقال الآمر) (اشتريت بنصفه وقال المامور) بل (بكله صدق) لانه أمين (وان) كان (قيمته نصفه) (ف)القول (للآمر) بلا يمين درر وابن كمال تبعا لصدر الشريعة

(قوله قائم) لاحاجة اليه ولعله أراد أنه قائم من كل وجه ليحترز به عما اذا حدث به عيب فانه كالهلاك كما فى البزازية تامل (قوله للمأمور) اى مع يمينه يعقوبية (قوله والا يكن منقودا) سواء كان العبد حيا اوميتا ح وفيه أن صورة الحى مرت وهذه فى الميت (قوله اى يكون) اى القول كذا فى الهامش (قوله والا فللآمر) حاصل المسألة المذكورة على ثمانية اوجه كما قال الزيلعى لانه اما أن يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أوبغير عينه وكل وجه على وجهين اما أن يكون الثمن منقودا اوغير منقود وكل وجه على وجهين اما أن يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشراء أوميتا ثم قال فحاصله أن الثمن ان كان منقودا فالقول للمأمور فى جميع الصور وان كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لايملك الانشاء بأن كان ميتا فالقول للآمر وان كان يملك الانشاء فالقول للمأمور عندهما وكذا عند أبى حنيفة فى غير موضع التهمة وفى موضع التهمة القول للآمر اه (قوله للتهمة) فانه يحتمل انه اشتراه لنفسه فلما رأى الصفقة خاسرة اراد الزامه للموكل ح كذا فى الهامش (قوله خلافا لهما) الخلاف فيما اذا كان منكرا حيا والثمن غير منقود فقط ح كذا فى الهامش (قوله بقوله بعنى الخ) بدل من قوله بتوكيله (قوله اوغير معينين) بحث فيه ابو السعود فانظر ماكتبناه على البحر (قوله اذا نواه) قيد فى غير معينين فقط ح كذا فى الهامش (قوله كما مر) قريبا فى قوله وان بغير عينه فالشراء للوكيل الا اذا نواه للموكل (قوله عن الآمر) لان التوكيل مطلق اى عن قيد المعية وقد لايتفق الجمع بينهما (قوله معين) لاحاجة اليه مع قول المصنف وعينه ح (قوله والا يعين) لا المبيع ولا البائع (قوله خلافا لهما) فقالا يلزم الآمر اذا قبضه المأمور بحر (قوله ماعليه) أى يعقد عقد السلم ح بأن قال له أسلم الدين الذى لى عليك الى فلان جاز وان لم يعين فلان لم يجز عنده وعندهما يجوز كيفما كان وكذا لوأمره بأن يصرف ماعليه من الدين زيلعى (قوله أويصرفه) أى يعقد عقد الصرف ح كذا فى الهامش (قوله فى الوكالات عنده) ولهذا لوقيدها بالعين منها أوبالدين منها ثم هلكت العين أوسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذا لايجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لايجوز فكان باطلا أويكون أمرا بصرف مالا يملكه الا بالقبض قبله زيلعى (قوله فى المعاوضات) عينا كانت النقود أودينا (قوله فجعل المؤجر) بالفتح وهو الدار مثلا (قوله كالمؤجر) بالكسر (قوله فراجعه) أقول الذى رأيته فى الشرح المذكور فى هذا المحل مثل ماقدمه ونصه وأما مسألة اجارة الحمام ونحوها قيل ذلك قولهما وان كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة لان المستأجر لايجد الآجر فى كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر فى القبض اه ولم أجد هذه العبارة فيه لكن لاتخالف ماذكره الماتن لان وجوب الاجرة يكون بعد استيفاء المنفعة أوباشتراط التعجيل وهو معنى قول المتن لما عليه من الاجرة (قوله للآمر) وينفذ على المأمور زيلعى (قوله بلا يمين) فى الاشباه كل من قبل قوله فعليه اليمين الا فى مسائل عشر وعدها وليس منها ماذكره هنا ويمكن الجواب تأمل كذا بخط بعض الفضلاء وذكر فى الهامش فروعا هى وان قال أمرنى

لايجوز الاكذلك اه كذا في الهامش وجملة الامر أن كل ماقيد به الموكل ان مقيدا من كل وجه يلزم رعايته اكده بالنفي أولا كبعه بخيار فباعه بدونه نظيره الوديعة ان مفيدا كاحفظ في هذه الدار تتعين وان لم يقل لا تحفظ الا في هذه الدار لتفاوت الحرز وان لا يفد أصلا لايجب مراعاته كبعه بالنسيئة فباعه بنقد يجوز وان مفيدا من وجه يجب مراعاته ان أكده بالنفي وان لم يؤكده به لايجب مثاله لاتبعه الا في سوق كذا يجب رعايته بخلاف قوله بعه في سوق كذا وكذا في الوديعة اذا قال لا تحفظ الا في هذا البيت يلزم الرعاية وان لم يفد أصلا بأن عين صندوقا لا يلزم الرعاية وان اكده بالنفي والرهن والكفالة مفيد من كل وجه فلا يجوز خلافه أكده بالنفي أولا والاشهاد قد يفيد ان لم يغب الشهود وكانوا عدولا وقد لا يفيد فاذا اكده بالنفي يلزم الرعاية والالا عملا بالشبهين بزازية قبيل الفصل الخامس وانظر ماقدمناه عن البحر في مسألة البيع بالنسيئة (قوله واقعة الفتوى الخ) المسألة مصرح بها في وصايا الخانية لكن بلفظ بمحضر فلان والحكم فيها ماذكره هنا اه (قوله وصح أخذه رهنا الخ) قال في نور العين وكيل البيع لو أقال أو احتال أو أبرأ أو حط أو وهب أو تجوز صح عند أبي حنيفة ومحمد وضمن لموكله لا عند أبي يوسف والوكيل لو قبض الثمن لا يملك الاقالة اجماعا اه قلت وكذا بعد قبض الثمن لا يملك الحط والابراء بزازية (قوله أو توى المال على الكفيل) وهو يكون بالمرافعة الى حاكم مالكي يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا ابن كمال ومثله في الشرنبلالية عن الكافي وتحقيقه في شرح الزيلعي اه (قوله وتقيد شراؤه) لان التهمة في الاكثر متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه ألحقه بغيره على مامر وأطلقه فشمل ما اذا كان وكيلا بشراء معين فانه وان كان لا يملك شراءه لنفسه فبالمخالفة يكون مشتريا لنفسه فالتهمة باقية كما في الزيلعي وفي الهداية قالوا ينفذ على الآمر وذكر في البناية انه قول عامة المشايخ والاول قول البعض وفي الذخيرة انه لانص فيه بحر ملخصا (قوله مايقوم به مقوم) أي لم يدخل تحت تقويم أحد من المقومين قال مسكين فلو قومه عدل عشرة وعدل آخر ثمانية وآخر سبعة فما بين العشرة والسبعة داخل تحت تقويم المقومين وتمامه فيه (قوله وبناية) هي شرح الهداية (قوله لاطلاق التوكيل) أي اطلاقه عن قيد الاجتماع والافتراق (قوله وظاهره الخ) أي لانه جعله استحسانا وقال في البحر ولذا أخره مع دليله كما هو عادته ولذا استشهد لقول الامام بما لو باع الكل بثمن النصف فانه يجوز وقد علمت أن المفتى به خلاف قوله اه أي خلاف قوله فيما استشهد به قلت وقد علمت ماقدمناه عن العلامة قاسم (قوله وقيد ابن الكمال الخ) ومثله في البحر معزوا الى المعراج ونقل الاتفاق أيضا في الكفاية عن الايضاح (قوله وفي الشراء يتوقف الخ) لافرق بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه زيلعي وفيه لا يقال انه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري لانا نقول انما يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد وههنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم مخالفته من كل وجه ولا على الآمر لانه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف اه ملخصا (قوله اتفاقا) والفرق لابي حنيفة بين البيع والشراء أن في الشراء تتحقق تهمة انه اشتراه لنفسه ولان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق كما في الهداية (قوله ولو رد مبيع بعيب على وكيله) أطلقه فشمل ما اذا قبض الثمن أولا وأشار الى أن الخصومة مع الوكيل فلا دعوى للمشتري على الموكل فلو أقر الموكل بعيب فيه وأنكره الوكيل لا يلزمهما شيء لان الموكل أجنبي في الحقوق ولو بالعكس رده المشتري على الوكيل لان اقراره صحيح في حق نفسه لا الموكل بزازية ولم يذكر الرجوع بالثمن وحكمه انه على الوكيل ان كان نقده وعلى الموكل ان كان نقده كما في شرح الطحاوي وان نقده الى الوكيل ثم هو الى الموكل ثم وجد الشاري عيبا أفتى القاضي انه يرده على الوكيل كذا في البزازية وقيد بالبيع لان الوكيل بالاجارة اذا آجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة وقيد بالعيب اذ لو قبله بغير قضاء بخيار رؤية أو شرط فهو جائز على الآمر وكذا لو رده المشتري عليه بعيب قبل القبض بحر ملخصا (قوله رده الوكيل على الآمر) لو قال فهو رد على الآمر لكان أولى لان الوكيل لا يحتاج الى خصومة مع الموكل الا اذا كان عيبا يحدث مثله ورد عليه باقرار بقضاء وان بدون قضاء لا تصح خصومته لكونه مشتريا كما أفاده في البحر وحاصل هذه المسألة

قلت وبه علم حكم واقعة الفتوى دفع له مالا وقال اشتر لي زيتا بمعرفة فلان فذهب واشترى بلا معرفته فهلك الزيت لم يضمن بخلاف لا تشتر الا بمعرفة فلان فليحفظ (و) صح (أخذه رهنا وكفيلا بالثمن فلا ضمان عليه ان ضاع) الرهن (في يده أو توى) المال (على الكفيل) لان الجواز الشرعي ينافي الضمان (وتقيد شراؤه بمثل القيمة وغبن يسير) وهو مايقوم به مقوم وهذا (اذا لم يكن سعره معروفا وان كان) سعره (معروفا) بين الناس (كخبز ولحم وموز وجبن) (لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة) ولو فلسا واحدا به يفتى بحر وبناية (وكله ببيع عبد فباع نصفه صح) لاطلاق التوكيل وقالا ان باع الباقي قبل الخصومة جاز والا لا وهو استحسان ملتقى وهداية وظاهره ترجيح قولهما والمفتى به خلافه بحر وقيد ابن الكمال الخلاف بما يتعيب بالشركة والا جاز اتفاقا فليراجع (وفي الشراء يتوقف على شراء باقيه قبل الخصومة) اتفاقا (ولو رد مبيع بعيب على وكيله) بالبيع (ببينة أو نكوله أو اقراره فيما لا يحدث) مثله في هذه المدة (رده) الوكيل (على الآمر)

(و) لو (باقراره فيما يحدث لا) يرده ولزم الوكيل (الاصل فى الوكالة الخصوص وفى المضاربة العموم) وفرّع عليه بقوله (فان باع) الوكيل (نسيئة فقال أمرتك بنقد وقال أطلقت صدّق الآمر وفى) (المضاربة) صدّق (المضارب) عملا بالاصل (لا ينفذ تصرّف احد الوكيلين) معا كوكلتكما بكذا (وحده) ولو الآخر عبدا أو صبيا أو مات أو جنّ (الا) فيما اذا وكلهما على التعاقب بخلاف الوصيين كما سيجىء فى بابه و(فى خصومة) بشرط رأى الآخر لا حضرته على الصحيح الا اذا انتهيا الى القبض فحتى يجتمعا جوهرة (وعتق معين وطلاق معينة لم يعوّضا) بخلاف معوّض وغير معين (وتعليق بمشيئتهما) أى الوكيلين فانه يلزم اجتماعهما عملا بالتعليق قاله المصنف قلت وظاهره عطفه على لم يعوّضا كما يعلم من العينى والدرر فحق العبارة ولا علقا بمشيئتهما فتدبر (و) فى (تدبير وردّ عين) كوديعة وعارية ومغصوب ومبيع فاسد خلاصة بخلاف استردادها فلو قبض أحدهما ضمن كله لعدم أمره بقبض شئ منه وحده سراج (و) فى (تسليم هبة) بخلاف قبضها ولو الهبة (وقضاء دين) بخلاف اقتضائه عينى (و) بخلاف (الوصاية) لاثنين (و) كذا (المضاربة والقضاء) والتحكيم (والتولية على الوقف) فان هذه الستة (كالوكالة فليس لاحدهما الانفراد) بحر الا فى مسألة ما اذا شرط الواقف النظر له أو الاستبدال مع فلان فان للواقف الانفراد دون فلان اشباه (والوكيل بقضاء الدين) من ماله أو مال موكله

أنّ العيب لا يخلوا ما أن لا يحدث مثله كالسنّ أو الاصبع الزائدة أو يكون حادثا لكن لا يحدث مثله قبل هذه المدّة أو يحدث فى مثلها ففى الاول والثانى يردّه القاضى من غير حجة من بينة أو اقرار أو نكول لعلمه بكونه عند البائع وتأويل اشتراط الحجة فى الكتاب أنّ الحال قد يشتبه على القاضى بأن لا يعرف تاريخ البيع فيحتاج اليها ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء أو النساء وقولهم حجة فى توجه الخصومة لا فى الردّ فيفتقر الى الحجة للردّ حتى لو عاين القاضى البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شئ منها وكذا الحكم فى الثالث ان كان ببينة أو نكول لانّ البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة فى حقه فيردّه عليه والردّ فى هذه المواضع على الوكيل ردّ على الموكل وأما ان ردّه عليه فى هذا الثالث باقراره فان كان بقضاء فلا يكون ردّا على الموكل لانه حجة قاصرة فلا تتعدى ولكن له أن يخاصم الموكل فيردّه عليه ببينة أو بنكوله لانّ الردّ فسخ لانه حصل بالقضاء كرها عليه فانعدم الرضى وان كان بغير قضاء فليس له الردّ لانه اقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث وهو الموكل فى الاول والثانى لو ردّ على الوكيل بالاقرار بدون قضاء لزم الوكيل وليس له أن يخاصم الموكل فى عامة الروايات وفى رواية يكون ردّا على الموكل وتمامه فى شرح الزيلعى وبه ظهر أن ما فى المتن تبعا للكنز مبنى على هذه الرواية وكذا قال فى الاصلاح وكذا باقرار فيما لا يحدث مثله ان ردّ بقضاء وفى المواهب لو ردّ عليه بما لا يحدث مثله باقراره يلزم الوكيل ولزوم الموكل رواية اه (قوله الاصل فى الوكالة الخصوص الخ) قال

الاصل فى الوكالة الخصوص * لا فى المضاربة ذا المنصوص

(قوله لا ينفذ تصرّف احد الوكيلين) لانّ الموكل لا يرضى برأى أحدهما والبدل وان كان مقدّرا لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى منح أى التقدير للبدل لمنع النقصان عنه فربما يزداد عند الاجتماع وربما يختار الثانى مشتريا مليا والاوّل لا يهتدى الى ذلك قال فى الهامش ولو دفع ألف درهم الى رجلين مضاربة وقال لهما اعملا برأيكما لم يكن لكل واحد منهما أن ينفرد بالبيع والشراء لانه رضى برأيهما لا برأى أحدهما ولو عمل احدهما بغير اذن صاحبه ضمن نصف المال وله ربحه وعليه وضيعته لانقد نصف رأس مال المضاربة فى الشراء لنفسه للمضاربة بغير اذن رب المال فصار ضامنا عطاء الله أفندى هكذا وجدت هذه العبارة فلتراجع من أصلها (قوله أومات) أى الآخر المشتمل على العبد والصبى وكذا قوله أوجنّ (قوله أوجنّ) فلا يجوز للآخر التصرّف وحده لعدم رضاه برأيه وحده ولو وصيين لا يتصرّف الحى الا برأى القاضى بحر عن وصايا الخانية (قوله بخلاف الوصيين) فانه اذا أوصى الى كل منهما بكلام على حدة لم يجز لاحدهما الانفراد فى الاصح لانه عند الموت صارا وصيين جملة واحدة وفى الوكالة يثبت حكمهما بنفس التوكيل بحر (قوله كما سيجىء) وسيجىء قريبا متنا (قوله فحتى يجتمعا) لكن سيأتى أنّ الوكيل بالخصومة لا يملك القبض وبه يفتى أبو السعود (قوله وظاهره) أى ظاهر قول المصنف وقوله عطفه أى التعليق بمشيئتهما (قوله والدرر) حيث قال بعد قوله لم يعوّضا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما وقال أمرها بأيديكما لانه تفويض الى مشيئتهما فيقتصر على المجلس (قوله ولا علقا) استثنى فى البحر ثلاث مسائل غير هذين فراجعه واعترضه الرملى (قوله فلو قبض أحدهما) أى بدون اذن صاحبه وهلك فى يده كما صرّح به فى الذخيرة لا بدون حضوره كما توهمه عبارة البحر (قوله ضمن كله) عبارة السراج كما فى البحر فان قيل ينبغى أن يضمن النصف لانّ كل واحد منهما مأمور بقبض النصف قلنا ذاك مع اذن صاحبه وأما فى حال الانفراد فغير مأمور بقبض شئ منه (قوله والوصاية) مبتدأ خبره قوله كالوكالة وزاد بعد الواو بخلاف ليعطفه على قوله بخلاف اقتضائه فالمعطوف خمسة والسادس المعطوف عليه فلا اعتراض فى كلامه فتنبه لكن لا يحسن تشبيه مسألة الاقتضاء بالوكالة لانها وكالة حقيقة (قوله فانّ هذه الستة) فيه أنّ المذكور هنا خمسة وان أراد جميع ما تقدّم مما لم يجز فيه الانفراد فهى تسع عشرة صورة مع مسألة الوكالة ح كذا فى الهامش قال جامعه وقد علمت مما سبق جوابه (قوله النظر له) أى للواقف (قوله أو مال موكله) كذا استنبطه العمادى من مسألة ذكرها عن الخانية ولكن ذكر قبله عنها انه لو كتب فى آخر الكتاب انه يخاصم ويخاصم ثم ادّعى قوم قبل الموكل الغائب مالا فأقرّ الوكيل بالوكالة وأنكر المال فأحضروا الشهود على الموكل لا يكون لهم أن يحبسوا الوكيل لانه جزاء الظلم ولم يظهر ظلمه اذ ليس فى هذه الشهادة أمر بأداء المال ولا ضمان الوكيل على

(لايجبرعليه) اذا لم يكن للموكل على الوكيل دين وهى واقعة الفتوى كما بسطه العمادى واعتمده المصنف قال ومفاده أن الوكيل ببيع عين من مال الموكل لوفاء دينه لايجبرعليه كما لايجبرالوكيل بنحو طلاق ولوبطلبها على المعتمد وعتق وهبة من فلان وبيع منه لكونه متبرعا الا فى مسائل اذا وكله بدفع عين ثم غاب اوببيع رهن شرط فيه اوبعده فى الاصح اوبخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه أشباه خلافا لما افتى به قارئ الهداية قلت وظاهر الاشباه أن الوكيل بالاجر يجبر فتدبر ولاتنس مسألة واقعة الفتوى وراجع تنوير البصائر فلعلها وفى وفى فروق الاشباه التوكيل بغير رضى الخصم لايجوز عند الامام الا أن يكون الموكل حاضرا بنفسه اومسافرا أومريضا اومخدرة (الوكيل لايوكل الاباذن آمره) لوجود الرضى (الا) اذا وكله (فى دفع زكاة) فوكل آخر ثم وثم فدفع الاخير جاز ولايتوقف بخلاف شراء الاضحية أضحية الخانية (و) الا الوكيل (فى قبض الدين) اذا وكل من فى عياله صح ابن ملك (و) الا (عند تقدير الثمن) من الموكل الاول (له) اى لوكيله فيجوز بلا اجازته لحصول المقصود درر

الموكل فاذا لم يجب على الوكيل أداء المال من مال الموكل بأمر موكله ولا بالضمان عن موكله لايكون الوكيل ظالما بالامتناع اه ملخصا ومفاده أنه لوثبت أمر موكله اوكفالته عنه يؤمر بالاداء وعليه يحمل كلام قارئ الهداية تأمل ثم رأيته فى حاشية المنح حيث قال أقول كلام الخانية صريح فيما أفتى به قارئ الهداية فانه صريح فى وجوب أداء المال بأحد شيئين اما أمر الموكل او الضمان فليكن المعول عليه فليتأمل اه ثم قال موفقا بين عبارة الخانية السابقة الثانية القائلة وان لم يكن له دين على الوكيل لايجبر وبين عبارة الفوائد لابن نجيم القائلة لايجبر الوكيل اذا امتنع عن فعل ما وكل فيه الا فى مسائل الخ مانصه أقول الذى ذكره فى الفوائد مطلق عن قيد كونه من ماله أومن مال موكله أومن دين عليه والفرع الاخير المنقول عن الخانية مقيد بما اذا لم يكن عليه دين وماقبله بما اذا لم يكن له مال تحت يده وأنت اذا تأملت وجدت المسألة ثلاثية اما أن يوجد أمره ولا مال له تحت يده ولا دين أوله واحد منهما والظاهر أن الوديعة مثل الدين لصحة التوكيل بقبضها كهو فيحمل الدين فى الفرع الثانى على مطلق المال حتى لايخالف كلامه فى الفرع الاول كلامه فى الفرع الثانى لصحة وجهه ويحمل كلامه فى الفوائد على عدم وجود واحد منهما فيحصل التوفيق فلا مخالفة فتأمل اه وحاصله أنه لايجبر اذا لم يكن له عند الوكيل مال ولا دين وعليك بالتأمل فى هذا التوفيق (قوله لايجبر عليه) لوقال ولا يجبر الوكيل اذا امتنع عن فعل ما وكل فيه الا فى مسائل وهى الثلاثة الآتية لكان اولى لئلا يختص بما ذكر فى المتن كما فى الاشباه كذا فى الهامش (قوله لايجبر عليه) اى على البيع (قوله على المعتمد) وسيأتى فى باب عزل الوكيل (قوله لكونه متبرعا) علة لقوله لايجبر (قوله بدفع عين ثم غاب) لاحتمال انها له فيجب دفعها له نور العين (قوله اوببيع رهن شرط فيه الخ) اى سواء شرط فى عقد الرهن التوكيل بالبيع اوبعده قال فى نور العين لولم يشرط التوكيل فى البيع فى عقد الرهن وشرط بعده قيل لايجب وقيل يجب وهذا أصح اه (قوله بطلب المدعى) سنذكر بيانه فى باب عزل الوكيل وأشار الى أن المراد توكيل الخصومة وكيل المدعى عليه فقول الدرر وكيل خصومة لوأبى عنها لايجبر عليها لانه وعد أن يتبرع ينبغى أن يخص بوكيل المدعى كما يفهم مما هنا كما نبه عليه فى نور العين ويبعده قوله اذا غاب المدعى فالاحسن ماسنذكره بعد (قوله خلافا لما افتى به قارئ الهداية) مرتبط بالمتن فانه سئل هل يحبس الوكيل فى دين وجب على موكله اذا كان للموكل مال تحت يده اى يد وكيله وامتنع الوكيل عن اعطائه سواء كان الموكل حاضرا أوغائبا فأجاب انما يجبر على دفع ما ثبت على موكله من الدين اذا ثبت أن الموكل أمر الوكيل بدفع الدين اوكان كفيلا والا فلا يحبس اه ح كذا فى الهامش (قوله وظاهر الاشباه) حيث قال ولا يجبر الوكيل بغير أجر على تقاضى الثمن وانما يحيل الموكل ح ويستفاد هذا من قول الشارح لكونه متبرعا قبل الاستثناء قال فى الهامش ولا يحبس الوكيل بدين موكله ولو كانت عامة الا أن يضمن وتمامه فى وكالة الاشباه (قوله واقعة الفتوى) اى السابقة آنفا وهى ما اذا وكله بقضاء الدين مما له عليه فتصير المستثنيات خمسة بضم الوكيل بالاجر (قوله وفى فروق الاشباه) تقدمت اول كتاب الوكالة (قوله حاضرا بنفسه) انظر ما معنى هذا فانا لم نر من ذكره بل المذكور تعذر حضوره شرط ولم أر هذه العبارة فى فروق الاشباه فراجعها (قوله الوكيل لايوكل) المراد انه لايوكل فيما وكل فيه فيخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع الحقوق فيه الى الوكيل فله التوكيل بلا اذن لكونه أصيلا فيها ولذا لايملك نهيه عنها وصح توكيل الموكل كما قدمناه بحر وفيه وخرج عنه مالو وكل الوكيل بقبض الدين من فى عياله فدفع المديون اليه فانه يبرأ لان يده كيده ذكره الشارح فى السرقة اه وذكر الثانى المصنف (قوله بخلاف شراء الاضحية) فلو وكل غيره بشرائها فوكل الوكيل غيره ثم وثم فاشترى الاخير يكون موقوفا على اجازة الاول ان أجاز جاز والا فلا بحر عن الخانية (قوله تقدير الثمن) اى لو عين ثمنه لوكيله س (قوله من الموكل الاول) مخالف لما فى البحر وللتعليل كما يظهر مما كتبناه على البحر والموافق لما فى البحر أن يقول من الوكيل الاول له اى للوكيل الثانى وأفاد اقتصاره على هذه المسائل أن الوكيل فى النكاح ليس له التوكيل وبه صرح فى الخلاصة والبزازية والبحر من كتاب النكاح وقدمناه فى باب الولى فراجعه خلافا لما قاله ط هنالك بحثا من أن له التوكيل قياسا على هذه المسألة الثالثة فافهم (قوله لحصول المقصود) لان الاحتياج فيه الى الرأى لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع

(والتفويض الى رأيه) كاعمل برأيك (كالاذن) فى التوكيل (الا فى طلاق وعتاق) لانهما مما يحلف به فلا يقوم غيره مقامه قنية (فان وكل) الوكيل غيره (بدونهما) بدون اذن وتفويض (ففعل الثانى) بحضرته اوغيبته (فأجازه) الوكيل (الاول صح) وتتعلق حقوقه بالعاقد على الصحيح (الا) (فى) ماليس بعقد نحو (طلاق وعتاق) لتعلقهما بالشرط فكان الموكل علقه بلفظ الاول دون الثانى (وابراء) عن الدين قنية (وخصومة وقضاء دين) فلا تكفى الحضرة ابن ملك خلافا للخانية (وان فعل اجنبى فأجازه الوكيل) الاول (جاز الا فى شراء) فانه ينفذ عليه ولا يتوقف متى وجد نفاذا (وان وكل به) اى بالامر أو التفويض (فهو) اى الثانى (وكيل الآمر) وحينئذ (فلا ينعزل بعزل موكله اوموته وينعزلان بموت الاول) كما مر فى القضاء وفى البحر عن الخلاصة والخانية له عزله فى قوله اصنع ماشئت لرضاه بصنعه وعزله من صنعه بخلاف اعمل برأيك قال المصنف فعليه لو قيل للقاضى اصنع ماشئت فله عزل نائبه بلا تفويض العزل صريحا لان النائب كوكيل الوكيل واعلم أن الوكيل وكالة عامة مطلقة مفوضة انما يملك المعاوضات لا الطلاق والعتاق والتبرعات به يفتى زواهر الجواهر وتنوير البصائر (قال) لرجل (فوضت اليك أمر امرأتى صار وكيلا بالطلاق وتقيد) طلاقه (بالمجلس بخلاف قوله وكلتك) فى امر امرأتى فلا يتقيد به درر من لا ولاية له على غيره لم يجز تصرفه فى حقه وحينئذ (فاذا باع عبد أو مكاتب او ذمى) اوحربى عينى (مال صغيره الحر المسلم اوشرى واحد ٤١١ منهم به اوزوج صغيرة كذلك) اى حرة مسلمة (لم يجز) لعدم الولاية (والولاية فى مال الصغير الى الاب ثم وصيه ثم وصى وصيه) اذ الوصى يملك الايصاء (ثم الى) الجد (أبى الاب ثم الى وصيه) ثم وصى وصيه (ثم الى القاضى ثم الى من نصبه القاضى) ثم وصى وصيه (وليس لوصى الام) ووصى الاخ (ولاية التصرف فى تركة الام مع حضرة الاب او وصيه او وصى وصيه او الجد) أبى الاب (وان لم يكن واحد مما ذكرناه) اى لوصى الام (الحفظ و) له (بيع المنقول لا العقار) ولا يشترى الا الطعام والكسوة لانهما من جملة حفظ الصغير خانية (فروع) وصى القاضى كوصى الاب الا اذا قيد القاضى بنوع تقيد به وفى الاب يعم الكل عمادية وفى متفرقات البحر القاضى أو أمينه لا ترجع حقوق عقد باشراه لليتيم اليهما بخلاف وكيل ووصى وأب فلو ضمن القاضى او أمينه ثمن ما باعه لليتيم بعد بلوغه صح بخلافهم وفى الاشباه جاز التوكيل بكل ما يعقده الوكيل لنفسه الا الوصى فله أن يشترى مال اليتيم لنفسه لا لغيره بوكالة وجاز التوكيل بالتوكيل

تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأييهما فى الزيادة واختيار المشترى كما مر درر (قوله خلافا للخانية) راجع الى الخصومة كما قيده فى المنح والبحر (قوله ينفذ عليه) اى على الاجنبى بحر عن السراج (قوله وان وكل) اى الوكيل (قوله اى بالامر) اى وكالة ملتبسة بالامر بالتوكيل اى الاذن به (قوله وينعزلان) اى الوكيل الاول والثانى (قوله بموت الاول) اى الموكل وكان الاولى التعبير به ح (قوله وفى البحر) الذى فى البحر نسبة أن الثانى صار وكيل الموكل فلا يملك عزله فيما اذا قال اعمل برأيك الى الهداية ونسبة أن له عزله فى قوله اصنع ماشئت الى الخلاصة ثم قال وهو مخالف للهداية الا أن يفرق بين اصنع ماشئت وبين اعمل برأيك والفرق ظاهر وعلل فى الخانية بأنه لما فوضه الى صنعه فقد رضى بصنعه وعزله من صنعه اه فليس فى كلام الخلاصة والخانية التصريح بمخالفة أحدهما للآخر فيحتمل أن فى المسألة قولين ودعوى صاحب البحر ظهور الفرق غير ظاهرة لما فى الحواشى اليعقوبية والحواشى السعدية انه ينبغى أن يملكه فى صورة اعمل برأيك لتناول العمل بالرأى العزل كما لا يخفى اه (قوله بخلاف اعمل برأيك) بحث فيه فى الحواشى اليعقوبية والسعدية (قوله واعلم) تكرار مع ما تقدم أول الكتاب مستوفى ح (قوله زواهر الجواهر وتنوير البصائر) هما حاشيتان على الاشباه الاولى للشيخ صالح والثانية لاخيه الشيخ عبد القادر ولدى الشيخ محمد بن عبد الله الغزى صاحب المنح (قوله لعدم الولاية) وكذا الولاية لمسلم على كافرة فى نكاح ولا مال كما فى البحر فى كتاب النكاح من باب الولى وتقدم هنالك أيضاحنا وشرحا فليحفظ قال تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض (قوله الى الاب) حيث لم يكن سفيها أما الاب السفيه لا ولاية له فى مال ولده اشباه فى الفوائد من الجمع والفرق وفى جامع الفصولين ليس للاب تحرير قنه بمال وغيره ولا أن يهب ماله ولو بعوض ولا اقراضه فى الاصح وللقاضى أن يقرض مال اليتيم والوقف والغائب وليس لوصى القاضى اقراضه ولو اقرضه ضمن وقيل يصح للاب اقراضه اذ له الايداع فهذا اولى اه عدة كذا فى الهامش (قوله يملك الايصاء) سواء كان وصى الميت اووصى القاضى منح (قوله ثم وصى وصيه) قال فى جامع الفصولين فى ٢٧ ولهم الولاية فى الاجارة فى النفس والمال والمنقول والعقار فلو كان عقدهم بمثل القيمة او بيسير الغبن صح لا بفاحشه ولا يتوقف على اجازته بعد بلوغه لانه عقد لا مجيز له حال العقد وكذا شراؤهم لليتيم يصح بيسير الغبن ولو فاحشا نفذ عليهم لا عليه ولو بلغ فى مدة الاجارة فلو كانت على النفس تخير ابطل اوامضى ولو على املاكه فلا خيار له وليس له فسخ البيع الذى نفذ فى صغره فصط قيل انما يجوز اجارتهم اليتيم اذا كانت بأجر المثل لا بأقل منه والصحيح جوازه ولو بأقل اه كذا فى الهامش وقوله فصط هو رمز لفوائد صاحب المحيط (قوله لا العقار) فيه كلام ذكره ابو السعود فى حاشية مسكين فراجعه (قوله فله ان يشترى الخ) اى والنفع ظاهر أشباه والفرق انه اذا اشترى لغيره فحقوق العقد من جانب اليتيم راجعة اليه ومن جانب الآمر كذلك فيؤدى الى المضارة بخلاف نفسه حموى س (قوله بالتوكيل) بيانه فى الاشباه من الوكالة

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

(وكيل الخصومة والتقاضى) اى أخذ الدين (لا يملك القبض) عند زفر وبه يفتى لفساد الزمان واعتمد فى البحر العرف (و) لا (الصلح) اجماعا بحر (ورسول التقاضى يملك القبض لا الخصومة) اجماعا بحر ارسلتك او كن رسولا عنى ارسال وأمرتك بقبضه توكيل خلافا للزيلعى (ولا يملكهما) اى الخصومة والقبض (وكيل الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح) بحر (ووكيل قبض الدين يملكها) اى الخصومة خلافا لهما لو وكيل الدائن ولو وكيل القاضى لا يملكها اتفاقا كوكيل قبض العين اتفاقا وأما وكيل قسمة واخذ شفعة ورجوع هبة ورد بعيب فيملكها مع القبض اتفاقا ابن ملك (امره بقبض دينه وأن لا يقبضه الا جميعا فقبضه الا درهما لم يجز قبضه) المذكور (على الآمر) لمخالفته له فلم يصر وكيلا (و) الآمر (له الرجوع على الغريم بكله) وكذا لا يقبض درهما دون درهم بحر (ولو لم يكن للغريم بينة على الايفاء فقضى عليه بالدين (وقبضه الوكيل فضاع منه ثم برهن المطلوب على الايفاء) للموكل (فلا سبيل له) للمديون (على الوكيل وانما يرجع على الموكل) لان يده كيده ذخيرة (الوكيل بالخصومة اذا أبى الخصومة (لا يجبر عليها) فى الاشباه لا يجبر الوكيل اذا امتنع عن فعل ما وكل فيه لتبرعه الا فى ثلاث كما مر (بخلاف الكفيل) فانه يجبر عليها للالتزام

* (باب الوكالة بالخصومة والقبض) *

(قوله اى أخذ الدين) هذا لغة وعرفا هو المطالبة عناية ح وكان عليه أن يذكر هذا المعنى فانهم بنوا الحكم عليه معللين بأن العرف قاض على اللغة ولا يخفى عليك أن أخذ الدين بمعنى قبضه فلو كان المراد المعنى اللغوى يصير المعنى الوكيل بقبض الدين لا يملك القبض وهو غير معقول تدبر (قوله عند زفر) وروى عن أبى يوسف غرر الافكار (قوله واعتمد فى البحر العرف) حيث قال وفى الفتاوى الصغرى التوكيل بالتقاضى يعتمد العرف ان كان فى بلدة كان العرف بين التجار أن المتقاضى هو الذى يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضى توكيلا بالقبض والا فلا ح وليس فى كلامه ما يقتضى اعتماده ثم نقل فى المنح عن السراجية أن عليه الفتوى وكذا فى القهستانى عن المضمرات (قوله اجماعا) لان الوكيل بعقد لا يملك عقدا آخر (قوله وأمرتك بقبضه توكيل) قال فى البحر أول كتاب الوكالة فان قلت فما الفرق بين التوكيل والارسال فان الاذن والامر توكيل كما علمت اى من كلام البدائع من قوله الايجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه قلت الرسول أن يقول له ارسلتك او كن رسولا عنى فى كذا وقد جعل منها الزيلعى فى باب خيار الرؤية أمرتك بقبضه وصرح فى النهاية فيه معزيا الى الفوائد الظهيرية انه من التوكيل وهو الموافق لما فى البدائع اذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا اه وتمامه فيه (قوله خلافا للزيلعى) حيث جعل أمرتك بقبضه ارسالا ح كذا فى الهامش (قوله وكيل الصلح) لان الصلح مسالمة لا مخاصمة (قوله اى الخصومة) حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما زيلعى (قوله ولو وكيل القاضى) بأن وكله بقبض دين الغائب شرنبلالية (قوله أمره بقبض دينه) قال فى الهامش نقلا عن الهندية الوكيل بقبض الدين اذا أخذ العروض من الغريم والموكل لا يرضى ولا يأخذ العروض فللوكيل أن يرد العروض على الغريم ويطالبه بالدين كذا فى جواهر الفتاوى رجل له على رجل ألف درهم وضح فوكل رجلا بقبضها وأعلمه انها وضح فقبض الوكيل ألف درهم غلة وهو يعلم انها غلة لم يجز على الآمر فان ضاعت فى يده ضمنها الوكيل ولم يلزم الآمر شئ ولو قبضها وهو لا يعلم انها غلة فقبضه جائز ولا ضمان عليه وله أن يردها ويأخذ خلافها فان ضاعت من يده فكانها ضاعت من يد الآمر ولا يرجع بشئ فى قياس قول أبى حنيفة وفى قياس قول أبى يوسف يرد مثلها ويأخذ الوضح اه أقول الاوضاح حلى من فضة جمع وضح واصله البياض مغرب وفى المختار والاوضاح حلى من الدراهم الصحاح وذكر فى الهامش دفع الى رجل مالا يدفعه الى رجل فذكر أنه دفعه اليه وكذبه فى ذلك الآمر والمأمور له بالمال فالقول قوله فى براءة نفسه عن الضمان والقول قول الآخر انه لم يقبضه ولا يسقط دينه عن الآمر ولا يجب اليمين عليهما جميعا وانما يجب على الذى كذبه دون الذى صدقه فان صدق المأمور فى الدفع فانه يحلف بالله ما قبض فان حلف لا يسقط دينه وان نكل سقط وصدق الآخر انه لم يقبضه وان كذب المأمور فانه يحلف المأمور خاصة لقد دفعه اليه فان حلف برئ وان نكل لزمه ما دفع اليه اه هندية من فصل اذا وكل انسانا بقضاء دين عليه (قوله درهما دون درهم) معناه لا يقبض متفرقا فلو قبض شيأ دون شئ لم يبرأ الغريم من شئ جامع الفصولين وفيه وكيل قبض الوديعة قبض بعضها جاز فلو أمر أن لا يقبضها الا جميعا فقبض بعضها ضمن ولم يجز القبض فلو قبض ما بقى قبل أن يهلك الاول جاز القبض على الموكل اه (قوله فى الاشباه الخ) الظاهر أنه أراد بالنقل المذكور الاشارة الى مخالفته لما فى الاشباه فان من جملة الثلاث كما تقدم قبل هذا الباب أنه يجبر الوكيل بخصومة بطلب المدعى اذا غاب المدعى عليه وقد تبع المصنف صاحب الدرر وقال فى العزمية لم نجد هذه المسألة هنا لا فى المتون ولا فى الشروح ثم أجاب كالشرنبلالى بأنه لا يجبر عليها يعنى ما لم يغب موكله فاذا غاب يجبر عليها كما ذكره المصنف فى باب رهن يوضع عند عدل اه وهذا أحسن مما قدمناه عن نور العين تأمل هذا ولكن المذكور فى المنح متنا موافق لما فى الاشباه فانه ذكر بعد قوله لا يجبر عليها الا اذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى وكأنه ساقط من المتن الذى شرح عليه

(وكله بخصوماته وأخذ حقوقه من الناس على أن لا يكون وكيلا فيما يدعى على الموكل جاز) هذا التوكيل (فلو أثبت) الوكيل (المال له) اى لموكله (ثم أراد الخصم الدفع لا يسمع على الوكيل) لانه ليس بوكيل فيه درر (وصح اقرار الوكيل بالخصومة) لا بغيرها مطلقا (بغير الحدود والقصاص) على موكله (عند القاضى دون غيره) استحسانا (وان انعزل) الوكيل (به) اى بهذا الاقرار حتى لا يدفع اليه المال وان برهن بعده على الوكالة للتناقض درر (وكذا اذا استثنى) الموكل (اقراره) بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار صح التوكيل والاستثناء على الظاهر بزازية (فلو أقر عنده) اى القاضى (لا يصح وخرج به عن الوكالة) فلا تسمع ٤١٣ خصومته درر (وصح التوكيل بالاقرار ولا يصير به) اى بالتوكيل (مقرا) بحر (وبطل توكيل الكفيل بالمال) لئلا يصير عاملا لنفسه (كما) لا يصح (لو وكله بقبضه) اى الدين (من نفسه او عبده) لان الوكيل متى عمل لنفسه بطلت الا اذا وكل المديون بابراء نفسه فيصح ويصح عزله قبل ابرائه نفسه اشباه (او وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه) او وكل المديون وكيل الطالب بالقبض لم يصح لاستحالة كونه قاضيا ومقتضيا قنية (بخلاف كفيل النفس والرسول ووكيل الامام ببيع الغنائم والوكيل بالتزويج) حيث يصح ضمانهم لان كلا منهم سفير (الوكيل بقبض الدين اذا كفل صح وتبطل الوكالة) لان الكفالة اقوى للزومها فتصلح ناسخة (بخلاف العكس وكذا كلما صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته تقدمت الكفالة او تأخرت) لما قلنا (وكيل البيع اذا ضمن الثمن للبائع عن المشترى لم يجز) لما مر أنه يصير عاملا لنفسه (فان ادى بحكم الضمان رجع) لبطلانه (وبدونه لا) لتبرعه (ادعى انه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه) عملا باقراره ولا يصدق لو ادعى الايفاء

الشارح تأمل (قوله وصح اقرار الوكيل) يعنى اذا ثبت وكالة الوكيل بالخصومة وأقر على موكله سواء كان موكله المدعى فأقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فأقر بثبوته عليه درر (قوله بالخصومة) متعلق بالوكيل (قوله لا بغيرها) اى لا اقرار الوكيل بغير الخصومة اى وكالة كانت (قوله بغير الحدود والقصاص) متعلق باقرار (قوله استحسانا) والقياس أن لا يصح عند القاضى أيضا لانه مأمور بالمخاصمة والاقرار يضرها لانه مسالمة ح (قوله انعزل) اى عزل نفسه لاجل دفع الخصم وانى ورده عزمى زاده ط قال فى الهداية تحت قوله انعزل اى لو اقيمت البينة على اقراره فى غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة اه (قوله حتى لا يدفع اليه المال) اى لا يؤمر الخصم بدفع المال الى الوكيل لانه لا يمكن أن يبقى وكيلا بجواب مقيد وهو الاقرار وما وكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلقا اه ح عن شرح الهداية معزيا لقاضى زاده (قوله للتناقض) لانه زعم أنه مبطل فى دعواه درر (قوله بأن قال) المسألة على خمسة اوجه مبسوطة فى البحر (قوله على الظاهر) اى ظاهر الرواية ومثله استثناء الانكار فيصح منها فى ظاهر الرواية زيلعى وبيانه فيه (قوله اى بالتوكيل) التوكيل بالاقرار صحيح ولا يكون التوكيل به قبل الاقرار اقرارا من الموكل وعن الطواويسى معناه أن يوكل بالخصومة ويقول خاصم فاذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار على فأقر بالمدعى يصح اقراره على الموكل كذا فى البزازية رملى قلت ويظهر منه وجه عدم كونه اقرارا ونظيره صلح المنكر (قوله وبطل توكيل الكفيل) فلو أبرأه عن الكفالة لم تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فانه يقع باطلا ثم اذا أجازه لم يجز (قوله بالمال) متعلق بالكفيل ح وسيأتى محترزه متنا (قوله لو وكله بقبضه) اى فيما لو أعتق المولى عبده المديون حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لان الوكيل من يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لانه يبرى به نفسه فلا يصح وكيلا كفاية (قوله لان الوكيل) قال فى الهامش اى لان الوكيل عامل لغيره فمتى عمل لنفسه فقط بطلت الوكالة اه اشباه (قوله الا اذا الخ) الاستثناء مستدرك فانظر ما فى البحر والمديون بالنصب وفاعل وكل مستتر فيه (قوله قنية) عبارتها كما فى المنح ولو وكله بقبض دينه على فلان فأخبر به المديون فوكله ببيع سلعته وايفاء ثمنه الى رب الدين فباعها وأخذ الثمن وهلك يهلك من مال المديون لاستحالة أن يكون قاضيا ومقتضيا والواحد لا يصلح أن يكون وكيلا للمطلوب والطالب فى القضاء والاقتضاء اه وتمامه فى البحر فانظره (قوله بخلاف كفيل النفس) قيده الزيلعى بأن يوكله بالخصومة قال فى البحر وليس بقيد اذ لو وكله بالقبض من المديون صح اه (قوله حيث يصح ضمانهم) بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبر منح والمناسب أن يقول يصح توكيلهم لكن لا يظهر فى مسألة وكيل الامام ببيع الغنائم تأمل (قوله سفير) اى معبر عن غيره فلا تلحقه العهدة (قوله بخلاف العكس) هو تكرار محض ح اى مع قوله وبطل توكيل الكفيل بالمال لكن اذا لوحظ ارتباطه بقوله فتصلح ناسخة اظهارا للفرق بينهما لم يكن تكرارا تأمل (قوله وكذا كلما الخ) تكرار محض مع ما قبلها ح (قوله للبائع) المناسب للموكل (قوله لم يجز) استشكله الشرنبلالى بتوكيل الامام ببيع الغنائم ودفعه ابو السعود بما مر من أنه سفير ومعبر فلا تلحقه عهدة (قوله عاملا لنفسه) لان حق الاقتضاء له (قوله رجع) اى على موكله بالبيع ولقائل أن يقول التبرع حصل فى ادائه اليه بجهة الضمان كادائه بحكم الكفالة عن المشترى بدون أمره فليتأمل شرنبلالية ولا يخفى أن التبرع فى المقيس عليه انما هو فى نفس الكفالة وأما الاداء فهو ملزم به شاء او أبى بخلاف مسألتنا على أنه اذا أدى على حكم الضمان لا يسمى متبرعا بل هو ملزم به فى ظنه اه (قوله عملا باقراره) اى فى مال نفسه لان الديون تقضى بأمثالها بخلاف اقراره بقبض الوديعة الآتى لان فيها ابطال حق المالك فى العين سائحانى (قوله ولا يصدق الخ)

(فان حضر الغائب فصدقه) فى التوكيل (فبها) ونعمت (والا امر الغريم بدفع الدين اليه) الى الغائب (ثانيا) لفساد الاداء بانكاره مع يمينه (ورجع) الغريم (به على الوكيل ان باقيا فى يده ولو حكما) بأن استهلكه فانه يضمن مثله خلاصة (وان ضاع لا) عملا بتصديقه (الا اذا) كان قد (ضمنه عند الدفع) بقدر ما يأخذه الدائن ثانيا الا ما أخذه الوكيل لانه أمانة لا تجوز بها الكفالة زيلعى وغيره (او قال له قبضت منك على انى ابرأتك من الدين) فهو كما لو قال الاب للختن عند أخذ مهر بنته آخذ منك على انى ابرأتك من مهر بنتى فان أخذته البنت ثانيا رجع الختن على الاب فكذا هذا بزازية (وكذا) يضمنه (اذا لم يصدقه على الوكالة) يعم صورتى السكوت والتكذيب (ودفع له ذلك على زعمه) الوكالة فهذه اسباب للرجوع عند الهلاك (فان ادعى الوكيل هلاكه اودفعه لموكله صدق) الوكيل (بحلفه وفى الوجوه) المذكورة (كلها) الغريم (ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب) وان برهن انه ليس بوكيل او على اقراره بذلك او أراد استحلافه لم يقبل لسعيه فى نقض ما اوجبه للغائب نعم لو برهن أن الطالب جحد الوكالة وأخذ منى المال ٤١٤ تقبل بحر ولومات الموكل وورثه غريمه اووهبه له أخذه قائما ولو هالكا ضمنه الا اذا صدقه على الوكالة ولو أقر بالدين وانكر الوكالة حلف ما يعلم أن الدائن وكله عينى (قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه) على المشهور خلافا لابن الشحنة ولو دفع لم يملك الاسترداد مطلقا لما مر (وكذا) الحكم (لو ادعى شراءها من المالك وصدقه) المودع لم يؤمر بالدفع لانه اقرار على الغير (ولو ادعى انتقالها بالارث او الوصية منه وصدقه أمر بالدفع اليه) لاتفاقهما على ملك الوارث (اذا لم يكن على الميت دين مستغرق) ولا بد من التلوم فيهما لاحتمال ظهور وارث آخر (ولو أنكر موته اوقال لا ادرى لا) يؤمر به ما لم يبرهن ودعوى الايصاء كوكالة فليس لمودع ميت ومديونه الدفع قبل ثبوت أنه وصى ولو لا وصى فدفع لبعض الورثة برئ عن حصته فقط (ولو وكله بقبض مال فادعى الغريم ما يسقط حق موكله) كأداء أو ابراء أو اقراره بأنه ملكى (دفع) الغريم (المال) ولو عقارا (اليه) أى الوكيل لان جوابه تسليم ما لم يبرهن وله تحليف الموكل لا الوكيل لان النيابة لا تجرى فى اليمين خلافا لزفر

سيأتى متنا فى قوله ولو وكله بقبض مال فادعى الغريم ما يسقط حق موكله الخ (قوله لفساد الاداء) لانه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر فقوله بانكاره الباء للسببية وقوله مع يمينه يشير الى أنه لا يصدق بمجرد الانكار وفى البحر عن البزازية ولو ادعى الغريم على الطالب حين أراد الرجوع عليه أنه وكل القابض وبرهن يقبل ويبرأ وان انكر حلفه فان نكل برأ انتهى وفيه عنها أيضا وان أراد الغريم أن يحلفه بالله ما وكلته له ذلك وان دفع عن سكوت ليس له الا اذا عاد الى التصديق وان دفع عن تكذيب ليس له أن يحلفه وان عاد الى التصديق لكنه يرجع على الوكيل اهـ فاطلاق الشارح فى محل التقييد تأمل (قوله فانه يضمن مثله) الاولى بدله تأمل (قوله ضمنه) بتشديد الميم بأن يقول أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ منى ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فالضمير المستتر فى وكله عائد الى الوكيل والبارز الى المال بحر (قوله اوقال) اى مدعى الوكالة (قوله فهذه) اى الثلاثة وذكر فى الهامش عن القول لمن من الوكالة فى شخص اذن لآخر أن يعطى زيدا ألف درهم من ماله الذى تحت يده فادعى المأمور الدفع وغاب زيد وانكر الاذن وطالبه بالبينة على الدفع فهل يلزمه ذلك أجاب ان كان المال الذى عنده أمانة فالقول قول المأمور مع يمينه وان كان تعويضا أو دينا لم يقبل قوله الا ببينة اهـ (قوله لم يقبل) ولا يكون له حق الاسترداد (قوله خلافا لابن الشحنة) فيه أن ابن الشحنة نقل رواية عن أبى يوسف انه يؤمر بالدفع وما هنا هو المذهب فلا معارضة ح (قوله مطلقا) سواء سكت أو كذب أو صدق (قوله لما مر) انه يكون ساعيا فى نقض ما أوجبه للغائب وفى البحر لو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع قيل لا يضمن وكان ينبغى الضمان لانه منعها من وكيل المودع فى زعمه اهـ ومثله فى جامع الفصولين (قوله ولو ادعى) أى الوارث أو الموصى له (قوله على ملك الوارث) أى والموصى (قوله ولا بد من التلوم الخ) تقدمت هذه المسائل فى متفرقات القضاء وقدمنا الكلام عليها (قوله ودعوى الايصاء كوكالة) فاذا صدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع له اذا كان عينا فى يد المقر لانه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح كما لو أقر أنه وكيله فى حياته بقبضها وان كان المال دينا على المقر فعلى قول محمد الاول يصدق ويؤمر بالدفع اليه وعلى قوله الاخير وهو قول أبى يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم اليه وبيانه فى الشرح بحر (قوله أو اقراره) أى الموكل بأنه ملكى المسألة فى جامع الفصولين حيث قال قال ادعى أرضا وكالة انه ملك موكلى فبرهن فقال ذو اليد انه ملكى وموكلك أقر به فلو لم يكن له بينة فله أن يحلف الموكل لا وكيله فوكله لو غائبا فالقاضى أن يحكم به لموكله فلو حضر الموكل وحلف انه لم يقر له بقى الحكم على حاله ولو نكل بطل الحكم اهـ وبه يظهر ما فى كلام الشارح (قوله لان جوابه تسليم) لانه انما ادعى الايفاء وفى ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة وتمامه فى التبيين (قوله ما لم يبرهن) أى على الايفاء فتقبل لما مر أن الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة بحر (قوله لا الوكيل) أى على عدم علمه باستيفاء الموكل بحر (قوله لان النيابة لا تجرى فى اليمين) وكيل قبض الدين ادعى عليه المديون الايفاء الى موكله او ابراءه وأراد تحليف الوكيل أنه لم يعلم به لا يحلف اذ لو أقر به لم يجز على موكله لانه على الغير جامع الفصولين وهذا التعليل أظهر مما ذكره الشارح فتدبر وفى نور العين عن الخلاصة وفى الزيادات فى كل موضع لو أقر لزمه فاذا أنكر يستحلف الا فى ثلاث مسائل * وكيل شراء وجد عيبا فأراد الرد وأراد البائع تحليفه بالله ما يعلم أن الموكل رضى بالعيب لا يحلف فان أقر الوكيل لزمه * الثانية وكيل قبض الدين اذا ادعى عليه

المديون

المديون أن موكله أبرأه عن الدين واستحلف الوكيل على العلم لا يحلفه ولو أقرّ به لزمه * يقول الحقير لم يذكر الثالثة في الخلاصة وفي الثانية نظر اذ المقرّ به هو الابراء الذى يدّعيه المديون فكيف يتصوّر لزومه على الوكيل (قوله ولو وكله بعيب) أى بردّ أمة بسبب عيب ح (قوله لم يردّ عليه الخ) أى لم يردّ الوكيل على البائع ح كذا في الهامش (قوله حتى يحلف الخ) يعنى لا يقضى اتفاقا بالردّ عليه حتى يحضر المشترى ويحلف انه لم يرض بالعيب ح كذا في الهامش (قوله والفرق) أى بين هذه المسألة حيث لا تردّ الامة على البائع وبين التى قبلها حيث يدفع الغريم المال الى الوكيل ح كذا في الهامش (قوله خلافا لهما) حيث قالا لا يؤخر القضاء في الفصلين لان قضاء القاضى عندهما ينفذ ظاهرا فقط اذا ظهر الخطأ ح (قوله فلا ينفذ باطنا) اعترضه قاضى زاده انه اذا جاز نقض القضاء ههنا عند أبى حنيفة أيضا بأىّ سبب كان لا يتمّ الدليل المذكور للفرق بين المسألتين ح (قوله أو الشراء) قيد به لما في البحر عن الخلاصة الوكيل ببيع الدينار اذا أمسك الدينار وباعه ديناره لا يصح (قوله عن زكاة) الظاهر أنه ليس بقيد ح ويدل عليه اطلاق ما يأتى عن المنتقى (قوله الى غيره) أى غير مال الآمر سواء أضاف الى مال الآمر أو أطلق ح (قوله وقت انفاقه) أى أو شرائه أو تصدّقه (قوله لدين نفسه) أو غيره ح (قوله نعم الخ) لا وجه للاستدراك فانها لا تنافى ما قبلها فانّ قيام الدين في ذمّة المديون كقيام المال في يد الوكيل وصاحب المنح والبحر ذكراها من غير استدراك ح (قوله وصىّ أنفق الخ) سيأتى تحرير هذه المسألة في آخر كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى (قوله غائب) والحاضر كذلك بالاولى (قوله فروع) تكرار مع ما يأتى قريبا أوّل الباب (قوله وبيانه في الدرر) قال فيها قال في الصغرى الوكيل بقبض الدين اذا أحضر خصما فاقرّ بالتوكيل وأنكر الدين لا تثبت الوكالة حتى لو أراد الوكيل اقامة البينة على الدين لا تقبل اهـ أقرّ بالتوكيل وأنكر الدين لا تثبت الوكالة لانه لما اقرّ بالوكالة لا يكون خصما بالدين بخلاف ما اذا أنكر الوكالة وأقرّ بالدين فانه يكون خصما في اثبات الدين لكون البينة واقعة على خصم منكر للوكالة فافهم كذا في الهامش (قوله صحّ التوكيل بالسلم) أى الاسلام وقد تقدّم التنبيه على هذه المسالة في باب الوكالة بالبيع والشراء حيث قال هنالك والمراد بالسلم الاسلام لا قبول السلم فانه لا يجوز ابن كمال وأوضحناه بعبارة الزيلعىّ فراجعه وفي شرح الوهبانية قال في المبسوط اذا وكله أن يأخذ الدراهم في طعام مسمى فأخذها الوكيل ثم دفعها الى الموكل فالطعام على الوكيل وللوكيل على الموكل الدراهم قرض لانّ أصل التوكيل باطل لانّ المسلم اليه أمره ببيع الطعام من ذمته الى ذمّة الوكيل ولو أمره أن يبيع عين ماله على أن يكون الثمن على الآمر كان باطلا فكذلك اذا أمره أن يبيع طعاما في ذمّته وقبول السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل (قوله فللناظر أن يسلم الخ) فرّعه على ما قبله لانه كالوكيل على ما صرّحوا به وفي هذه العبارة ايجاز ألحقها بالالغاز وهى مشتملة على مسألتين احداهما يجوز للقيم أن يسلم من ريع الوقف في زيته وحصره كالوكيل بعقد السلم ثم رأس المال وان ثبت في ذمّته كالمسألة السابقة فهو مأمور بدفع بدله من غلة الوقف وليس المراد ثبوته في الذمة متأخرا فيفسد العقد بل المراد أنه كالثمن ثبت في الذمة ثم ما يعطيه يكون بدلا عما وجب وهنا يعطيه في المجلس كالتوكيل بالشراء يصح وان لم يكن الثمن ملكه أو نقول الثمن هنا معين أى رأس مال السلم لانّ مال الامانة يتعين بالتعيين ثانيتهما قد علمت أن قيم الوقف وكيل الواقف والوكالة أمانة لا يصح بيعها ولما اشتهر أن ذلك لا يصح جعل النظار له حيلة اذا أرادوا أن يجعلوا في القرية أمينا يحفظ زرعها ويقرّرون له على ذلك جعلا وهى أن يأمروه بعقد السلم ويستلمون من الوكلاء على ما هو مقرّر لهم باطنا فالغلة المسلم فيها تثبت في ذمّة الوكيل ولو صرفها من غلة الوقف ضمنها ولو صرف مال السلم على المستحقين لم يرجع به في غلة الوقف وكان متبرّعا لانه صرف مال نفسه في غير ما أذن له فيه تخريجا على المسألة السابقة لانه توكيل بقبول السلم هذا حاصل ما ذكره شرّاح الوهبانية في هذا المحل وقد صعب علىّ فهم هذا الكلام ولم يتلخص منه حاصل مدة طويلة حتى فتح المولى بشئ يغلب على ظنى انه هو المراد في تصوير هذه الحيلة في المسألة الثانية وهى أن شخصا يكون ناظرا على وقف فيريد أن يجعل أمينا قادرا عليه بحيث ينتفع هو عاجلا والامين آجلا فاذا أخذ من الامين شيأ على ذلك ليقوم مقامه ويأخذ مستغلات الوقف بدلا عن الجعل فهو لا يجوز لانه بيع الوكالة في المعنى لما علمت أنّ الناظر وكيل الواقف وهذا يفعل في زماننا كثيرا في المقاطعات والاوقاف ويسمونه التزاما

(ولو وكله بعيب في أمة وادّعى البائع انّ المشترى رضى بالعيب لم يردّ عليه حتى يحلف المشترى) والفرق أن القضاء هنا فسخ لا يقبل النقض بخلاف ما مرّ خلافا لهما (فلو ردّها الوكيل على البائع بالعيب فحضر الموكل وصدّقه على الرضى كانت له لا للبائع) اتفاقا في الاصح لانّ القضاء لا عن دليل بل للجهل بالرضى ثم ظهر خلافه فلا ينفذ باطنا نهاية (والمأمور بالانفاق) على اهل أو بناء (أو القضاء) لدين (أو الشراء أو التصدّق) عن زكاة (اذا أمسك ما دفع اليه ونقد من ماله) ناويا الرجوع كذا قيده الخامسة في الاشباه (حال قيامه لم يكن متبرّعا) بل يقع التقاص استحسانا (اذا لم يضف الى غيره) فلو كانت وقت انفاقه مستهلكة ولو بصرفها لدين نفسه أو أضاف العقد الى دراهم نفسه ضمن وصار مشتريا لنفسه متبرّعا بالانفاق لانّ الدراهم تتعين في الوكالة نهاية وبزازية نعم في المنتقى لو أمره أن يقبض من مديونه ألفا ويتصدّق فتصدّق بألف ليرجع على المديون جاز استحسانا (وصىّ أنفق من ماله و) الحال أن (مال اليتيم غائب فهو) أى الوصىّ كالاب (متطوّع الا ان يشهد أنه قرض عليه أو أنه يرجع) عليه جامع الفصولين وغيره وعلله في الخلاصة بأن قول الوصىّ وان اعتبر في الانفاق لكن لا يقبل في الرجوع في مال اليتيم الا بالبينة (فروع) الوكالة المجرّدة لا تدخل تحت الحكم وبيانه في الدرر صح التوكيل بالسلم لا بقبول عقد السلم فللناظر أن يسلم من ريعه في زيته وحصره

أميناً على القرية فيأمره بعقد السلم ويستلم منه على ماقرّره باطناً لانه وكيل الواقف والوكالة

وليس له أن يوكل به من بجعله بجعل أمانة لا يصح بيعها وتمامه فى شرح الوهبانية

(باب عزل الوكيل)

(الوكالة من العقود الغير اللازمة) كالعارية (فلا يدخلها خيار شرط ولا يصح الحكم بها مقصوداً وانما يصح فى ضمن دعوى صحيحة على غريم) وبيانه فى الدرر (فللموكل العزل متى شاء مالم يتعلق به حق الغير) كوكيل خصومة بطلب الخصم كما سيجىء ولو الوكالة دورية فى طلاق وعتاق على ما صححه البزازى وسيجىء عن العينى خلافه فتنبه (بشرط علم الوكيل) أى فى القصدى أما الحكمى فيثبت وينعزل قبل العلم كالرسول (ولو) عزله (قبل وجود الشرط فى المعلق به) اى بالشرط به يفتى شرح وهبانية (ويثبت ذلك) أى العزل (بمشافهته به وبكتابه) مكتوب بعزله (وارساله رسولاً) مميزاً (عدلاً أو غيره) اتفاقاً (حراً أو عبداً صغيراً أو كبيراً) صدقه أو كذبه ذكره المصنف فى متفرقات القضاء (اذا قال) الرسول (الموكل ارسلنى اليك لا بلغك عزله اياك عن وكالته ولو أخبره فضولى) بالعزل (فلا بد من أحد شطرى الشهادة) عدداً أو عدالة (كأخواتها) المتقدمة فى المتفرقات وقدمنا انه متى صدقه قبل ولو فاسقاً اتفاقاً ابن ملك وفرّع على عدم لزومها من الجانبين بقوله (فللوكيل) أى بالخصومة وبشراء المعين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق وبيع ماله وبشراء شئ بغير عينه كما فى الاشباه (عزل نفسه بشرط علم موكله)

فاذا تحيل له بهذه الحيلة وهى أن يأخذ الناظر من الامين مبلغاً معلوماً سلماً على غلة الوقف ليصرفه فى مصارفه ويأخذ منه ماعينه له الواقف من العشر مثلاً ويستغل ذلك الامين غلة الوقف على انه المسلم فيه ليحصل للناظر نفع بنظارته وللامين بأمانته فهو أيضاً لا يجوز لان الناظر وكيل عن الواقف فكأنه صار وكيلاً عن الواقف فى قبول عقد السلم وأخذ الدراهم على الغلة الخارجة وقد علمت أن الجائز التوكيل بعقد السلم لا بقبوله فاذا أخذ الدراهم وصرفها على المستحقين يكون متبرعاً صارفاً من مال نفسه وتثبت الغلة فى ذمته فيلزمه مثلها هذا ما ظهر لى ثم لا يخفى أن هذا كله انما يكون بعد بيان مقدار المسلم فيه مع سائر شروط السلم والا يكون فساده من جهة أخرى كما لا يخفى والله تعالى أعلم

(باب عزل الوكيل)

(قوله خيار شرط) لانه انما يحتاج اليه فى عقد لازم ليتمكن من له الخيار من فسخه اذا أراد منح (قوله فللموكل العزل) قال الزيلعى بعد تقرير مسألة عزل الوكيل مالم يتعلق به حق الغير وعلى هذا قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشئ بل له عزله فى الصحيح لان المرأة لا حق لها فى الطلاق وعلى هذا قالوا وقال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة له وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول وقال صاحب النهاية عندى انه يملك عزله بأن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنفذ وكلاهما ليس بشئ ولكن الصحيح اذا أراد عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان مالا يكون لازماً يصح الرجوع عنه والوكالة منه اهـ ملخصاً (قوله كوكيل خصومة) تمثيل لدخول النفى أى ليس له عزله وان علم به الوكيل لتعلق حق الغير به فليس للموكل العزل كوكيل خصومة وهو ما اذا وكل المدعى عليه وكيلاً بالخصومة بطلب الخصم الذى هو المدعى ثم غاب وعزله فانه لا يصح لئلا يضيع حق المدعى ح (قوله كما سيجىء) أى قريباً (قوله ولو الوكالة دورية) لا يخلو اما أن يكون مبالغة على قوله فللموكل العزل أو على قوله مالم يتعلق به حق الغير فعلى الاول يكون المعنى ان له العزل ولو كانت الوكالة دورية والمبالغة حينئذ ظاهرة وعلى الثانى انه ليس له العزل فى الوكالة الدورية وعلى كل فى كلام الشارح مناقشة أما على الاول فلمنافاته لقوله وسيجىء عن العينى خلافه لان الذى سيجىء أن له العزل فليس خلافه وأما على الثانى فلانه يقتضى انه مما تعلق به حق الغير وليس كذلك لان من يقول بعدم عزله فى الوكالة الدورية يقول انه لا يمكن لانه كلما عزله تجددت له وكالة وقوله فى طلاق وعتاق يحتمل انه حال من الوكالة الدورية ويحتمل انه مسألة أخرى من مدخول لو أيضاً أى ولو فى طلاق وعتاق لا بقيد كونه فى الوكالة الدورية وفى كل مناقشة أيضاً لان البزازى لم يصحح شيأ منهما بل قال وكله غير جائز الرجوع قال بعض المشايخ ليس له أن يعزله فى الطلاق والعتاق وقال بعض مشايخنا له العزل وليس فيه رواية مسطورة وقال قبله وعزل الوكيل بالطلاق والنكاح لا يصح بلا علم لانه وان لم يلحقه ضرر لكنه يصير مكذباً فيكون غروراً اهـ نعم يصح حمله على الثانى ان جعلت المبالغة على قوله فللموكل عزله ولا يرد حينئذ عليه انه مما لا حق فيه للغير كما سيصرح به والظاهر أن قوله وسيجىء عن العينى خلافه وقع من سهو القلم ولو حذفه لاستقام الكلام وانتظم والعبارة الجيدة أن يقال فللموكل العزل متى شاء ولو الوكالة دورية مالم يتعلق به حق الغير كوكيل خصومة بطلب الخصم بشرط علم الوكيل ولو فى طلاق وعتاق (قوله فى طلاق وعتاق) لو داخلة على الظرف أيضاً فكأنه قال ولو كانت الوكالة بطلاق أو عتاق أى فان العزل فيهما لا يصح س (قوله وسيجىء) أى قريباً (قوله بشرط علم الوكيل) فلو أشهد على العزل فى غيبة الوكيل لم ينعزل بحر (قوله كالرسول) فانه ينعزل قبل علمه س (قوله بعزله) أى ان وصل اليه المكتوب كما سيأتى فى الفروع (قوله الموكل الخ) هو مقول القول (قوله كأخواتها) وهى اخبار السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع والبكر بالنكاح والمسلم الذى لم يهاجر بالشرائع والاخبار بعيب لمريد شراء وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولى وقف (قوله لا الوكيل بنكاح) فانه يصح عزله نفسه فى هذه الاشياء وان لم يعلم الموكل لعدم تضرره ح (قوله عزل نفسه) قال فى الاشباه لا يصح عزل الوكيل نفسه الا بعلم الموكل

الا

وكذا يشترط علم السلطان بعزل قاض وامام نفسهما والالا كما بسطه فى الجواهر (وكله بقبض الدين ملك عزله ان بغير حضرة المديون وان) وكله (بحضرته لا) لتعلق حقه به كما مرّ (الا اذا علم به) بالعزل (المديون) فحينئذ ينعزل ثم فرّع عليه بقوله (فلو دفع المديون دينه اليه) أى الوكيل (قبل علمه) أى المديون (بعزله يبرأ) وبعده لا لدفعه لغير وكيل (ولو عزل العدل) الموكل ببيع الرهن (نفسه بحضرة المرتهن ان رضى به) بالعزل (صح والالا) لتعلق حقه به وكذا الوكالة بالخصومة بطلب المدّعى عند غيبته كما مرّ وليس منه توكيله بطلاقها بطلبها على الصحيح لانه لا حق لها فيه ولا قوله كلما عزلتك فأنت وكيلى لعزله بكلما وكلتك فأنت معزول عينى (وقول الوكيل بعد القبول بحضرة الموكل ألغيت توكيلى أو أنا برىء من الوكالة ليس بعزل لجحود الموكل) بقوله لم أوكلك لا يكون عزلا (الا أن يقول) الموكل للوكيل (والله لا أوكلك بشىء فقد عرفت تهاونك فعزل) زيلعى لكنه ذكر فى الوصايا أن جحوده عزل وحمله المصنف على ما اذا وافقه الوكيل على الترك لكن أثبت القهستانى اختلاف الرواية وقدّم الثانى وعلله بأن جحوده ما عدا النكاح فسخ ثم قال وفى رواية لم ينعزل بالجحود اه فليحفظ (وينعزل الوكيل) بلا عزل (بنهاية الشىء (الموكل فيه كما لو وكله بقبض دين فقبضه) بنفسه (أو) وكله ٤١٧ (بنكاح فزوّجه) الوكيل بزازية ولو باع الموكل والوكيل معا أولم يعلم السابق فبيع الموكل أولى عند محمد وعند أبى يوسف يشتركان ويخيران كما فى الاختيار وغيره (و) ينعزل (بموت أحدهما وجنونه مطبقا) بالكسر أى مستوعبا سنة على الصحيح درر وغيرها لكن فى الشرنبلالية عن المضمرات شهر وبه يفتى وكذا فى القهستانى والباقانى وجعله قاضى خان فى فصل فيما يقضى بالمجتهدات قول أبى حنيفة وأن عليه الفتوى فليحفظ (و) بالحكم (بلحوقه مرتدّا) ثم لا تعود بعوده مسلما على المذهب ولا بافاقته بحر وفى شرح المجمع واعلم أن الوكالة اذا كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض فلذا قال (الا) الوكالة اللازمة (اذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الاجل فلا ينعزل) بالعزل ولا (بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء) لا ينعزلان بموت الموكل بخلاف الوكيل

الا الوكيل بشراء شىء بعينه أو بيع ماله ذكره فى وصايا الهداية قلت وكذا الوكيل فى النكاح والطلاق والعتاق اه وقال الباقانى لا يصح ولا يخرج عن الوكالة قبل علم الموكل وفى الزيلعى عزل نفسه عن الوكالة ثم تصرّف فيما وكل اليه قبل علم الموكل العزل صح تصرّفه فيه اه كذا فى الهامش (قوله وامام) أى للصلاة منح أى لا يصح العزل الا بعلم المولى ونص الجواهر لا ينعزل الا اذا علم به السلطان ورضى بعزله سائحانى (قوله ولو عزل الخ) العدل فاعل عزل والموكل مبنى للمجهول صفة العدل ونفسه مفعول عزل (قوله عند غيبته) أى غيبة الخصم الموكل (قوله وليس منه) أى ما تعلق به حق الغير حتى لا يملك عزل نفسه (قوله ولا قوله) معطوف على توكيله (قوله لعزله) قدّمنا عن الزيلعى طرق عزله عن الوكالة الدورية وما هو الصحيح فيها وأما ما ذكره هنا فنى البحر لو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح والفرق أن التوكيل يصح تعليقه بالشروط والعزل لا كما صرّح به فى الصغرى والصيرفية فاذا وكله لم ينعزل . اه (قوله لم ينعزل بالجحود) وفى حاشية أبى السعود عن خط السيد الحموى عن الولوالجية تصحيح أن الجحود رجوع قال وعليه الفتوى (قوله وينعزل الوكيل) وفى شركة العناية يشكل على هذا أن من وكل بقضاء الدين فقضاه الموكل ثم قضاه الوكيل قبل العلم لم يضمن مع انه عزل حكمى وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدّى مضمونا على القابض لان الديون تقضى بأمثالها وذلك يتصوّر بعد اداء الموكل ولذا يضمنه القابض لو هلك بخلاف الوكيل بالتصدق اذا دفع بعد دفع الموكل فلو لم يضمن الوكيل يتضرّر الموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه اه بنوع تصرّف سائحانى (قوله فزوّجه الوكيل) أشار بهذا وبما قبله الى أن نهاية الموكل فيه اما أن تكون من جهة الموكل أو من جهة الوكيل وينعزل الوكيل بها فلو طلق الموكل المرأة فليس للوكيل أن يزوّجه اياها لان الحاجة قد انقضت وفى البزازية وكله بالتزويج فتزوّجها ووطئها وطلقها وبعد العدّة زوّجها من الموكل صح لبقاء الوكالة سائحانى أقول الظاهر أن الضمير فى تزوّجها للوكيل لا الموكل والا نافى ما هنا وما يأتى من أن تصرّفه بنفسه عزل تأمّل (قوله وينعزل) وفى التجنيس من باب المفقود رجل غاب وجعل دارا له فى يد رجل ليعمرها فدفع اليه مالا ليحفظه ثم فقد الدافع فله أن يحفظ وليس له أن يعمر الدار الا باذن الحاكم لانه لعله قد مات ولا يكون الرجل وصيا للمفقود حتى يحكم بموته اه وبهذا علم أن الوكالة تبطل بفقد الموكل فى حق التصرّف لا الحفظ بحر (قوله عن المضمرات شهر) أى مقدار شهر (قوله بلحوقه مرتدّا) فى ايضاح الاصلاح المراد باللحاق ثبوته بحكم الحاكم بحر لكن عبارة درر البحار ولحاقه بحرب فبطل بغير حكم به قال شارحه لان أهل الحرب أموات فى أحكام الاسلام وبلحاقه صار منهم اه وفى المجمع ولحاق الموكل بعد ردّته بدار الحرب يبطل وقالا ان حكم به قال ابن ملك لان لحاقه انما يثبت بقضاء القاضى قيد باللحاق لان المرتد قبله لا يبطل توكيله عندهما وموقوف عنده ان أسلم نفذ وان قتل أو لحق بدار الحرب بطل اه فعلم أن ما فى الايضاح على قولهما وفيه بحث فى العقوبية فانظر ما كتبناه على البحر (قوله بعوده مسلما) أى سواء كان وكيلا أو موكلا بحر (قوله بحر) عبارته ومقتضاه انه لو أفاق بعد جنونه مطبقا لا تعود وكالته (قوله العدل) مفعول وكل وقوله أو المرتهن عطف على العدل ح (قوله والوكيل ببيع الوفاء) لعل وجهه أن بيع الوفاء فى حكم الرهن فيصير وكيلا بأن رهن ذلك الشىء فيكون مما تعلق به حق الغير وهو المشترى أى المرتهن تأمّل ثم

بالخصومة أو الطلاق بزازية قلت
والحاصل كما في البحر أن الوكالة
ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقيا
أو حكميا ولا بالخروج عن
الاهلية بجنون وردة وفيما عداها
من اللازمة لا تبطل بالحقيقي بل
بالحكمي وبالخروج عن الاهلية
قلت فاطلاق الدرر فيه نظر

(و) ينعزل (بافتراق أحد الشريكين)
ولو بتوكيل ثالث بالتصرف (وان
لم يعلم الوكيل) لانه عزل حكمي
(و) ينعزل (بعجز موكله لو مكاتبا
وحجره) أي موكله (لو مأذونا
كذلك) أي علم أولا لانه عزل
حكمي كما مر وهذا (اذا كان
وكيلا في العقود والخصومة اما
اذا كان وكيلا في قضاء دين
واقتضائه وقبض وديعة فلا) ينعزل
بحجر وعجز ولو عزل المولى وكيل
عبده المأذون لم ينعزل (و) ينعزل
(بتصرفه) أي الموكل (بنفسه
فيما وكل فيه تصرفا يعجز الوكيل
عن التصرف معه والا لا كما لو
طلقها واحدة والعدة باقية)
فللوكيل تطليقها أخرى لبقاء المحل
ولو ارتد الزوج او لحق وقع طلاق
وكيله ما بقيت العدة (وتعود
الوكالة اذا عاد اليه) اي الموكل
(قديم ملكه) كأن وكله ببيع فباع
موكله ثم رد عليه بما هو فسخ بقي
على وكالته (أو بقي اثره) اي أثر
ملكه كمسألة العدة بخلاف ما لو
تجدد الملك (فروع) في الملتقط
عزل وكتب لا ينعزل ما لم يصله
الكتاب * وكل غائبا ثم عزله قبل
قبوله صح وبعده لا * دفع اليه قمقمة
ليدفعها الى انسان يصلحها فدفعها
ونسي لا يضمن الوكيل بالدفع *
ابرأه مما له عليه

رأيته منقولا عن الحموي وما ذكره السائحاني من انه بيع الرهن فهو غفلة فتنبه قال جامعه الذي كتبه السائحاني في هذا المحل ما نصه قوله والوكيل ببيع الوفاء لعل صورته ما في المحيط وكله ببيع عين له عزله الا أن يتعلق به حق الوكيل بأن يأمره بالبيع واستيفاء الثمن بازاء دينه وقال قاضي خان اذا دفع الى صاحب الدين عينا وقال بعه وخذ حقك منه فباعه وقبض الثمن فهلك في يده يهلك من مال المديون ما لم يحدث رب الدين فيه قبضا لنفسه زاد في البزازية ولو قال بعه لحقك صار قابضا والهلاك عليه لا على المديون اهـ وأما بيع الوفاء المعهود فهو في حكم الرهن اهـ (قوله بالخصومة) اي بالتماس الطالب بحر (قوله أو الطلاق) فيه أن التوكيل بالطلاق غير لازم كما تقدم ح والظاهر أنه مبني على مقابل الاصح من انه لازم (قوله بزازية) ونصها فأما في الرهن فاذا وكل الراهن العدل او المرتهن ببيع الرهن عند حلول الاجل او الوكيل بالامر باليد لا ينعزل وان مات الموكل او جن والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بجنون الموكل وموته والوكيل بالطلاق ينعزل بموت الموكل استحسانا لا قياسا اهـ بحر فتأمل (قوله وفيما عداها) اي الوكالة وهذا ينافي قول المتن كالوكيل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء ح (قوله فاطلاق الدرر) حيث قال وذا أي انعزال الوكيل في الصور المذكورة اذا لم يتعلق به أي بالتوكيل حق الغير أما اذا تعلق به ذلك فلا ينعزل اهـ فان قوله أما اذا تعلق به حق الغير يدخل فيه الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب والحكم فيها ليس كذلك ح وأصله في المنح ولا يخفى انه وارد على ما نقله الشارح عن شرح المجمع أيضا (قوله ولو بتوكيل ثالث) أي توكيل الشريكين أو أحدهما ثالثا بحر يعني انه تبطل الوكالة التي في ضمن الشركة ووكالة وكيلهما بالتصرف وفيه اشكال من حيث انه لا يصح أن ينفرد أحدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لانه عزل قصدي فكيف يتصور أن ينعزل بدونه ويمكن أن يحمل على ما اذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لانه عزل حكمي اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة زيلعي س (قوله لو مكاتبا) يؤخذ من عموم بطلان الوكالة بعزل الموكل أن للمكاتب والمأذون عزل وكيلهما أيضا كما نبه عليه في البحر وقال فيه وان باع العبد فان رضي المشتري أن يكون العبد على وكالته فهو وكيل وان لم يرض بذلك لم يجبر على الوكالة كذا في الحاكم وهو يقتضي أن توكيل عبد الغير موقوف على رضى السيد وقد سبق اطلاق جوازه على انه لا عهدة عليه في ذلك الا أن يقال انه من باب استخدام عبد الغير اهـ ثم المكاتب لو كوتب أو اذن المحجور لم تعد الوكالة لان صحتها باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك ولم يعد بالكتابة الثانية أو الاذن الثاني شرح مجمع لابن ملك (قوله لم ينعزل) لانه حجر خاص والاذن في التجارة لا يكون الا عاما فكان العزل باطلا ألا ترى أن المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن س (قوله وينعزل الخ) قال في الهامش ولو وكلت بالتزويج ثم ان المرأة تزوجت بنفسها خرج الوكيل عن الوكالة علم بذلك أو لم يعلم ولو أخرجته عن الوكالة ولم يعلم الوكيل لا يخرج عن الوكالة واذا زوجها جاز النكاح ولو كان وكيلا من جانب الرجل بتزويج امرأة بعينها ثم ان الزوج تزوج أمها أو بنتها خرج الوكيل عن الوكالة كذا في المحيط هندية (قوله والعدة باقية) الواو استئنافية لا للحال فافهم (قوله او لحق) اي ولم يحكم به فلا ينافي ما تقدم (قوله وتعود الوكالة) اي يعود ملك التصرف للوكيل بموجب الوكالة السابقة وليس المراد أنها تعود بعد زوالها لانه لم ينعزل كما يفهم من قوله قبله والا لا وعبارة الزيلعي فالوكيل باق على وكالته (قوله بقي على وكالته) وان رد بما لا يكون فسخا لا تعود الوكالة كما لو وكله في هبة شيء ثم وهبه الموكل ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل الهبة منح (قوله وبعده لا) اي حتى يصل اليه الخبر (قوله دفع اليه الخ) وكيل البيع قال بعته وسلمته من رجل لا اعرفه وضاع الثمن قال القاضي يضمن لانه لا يملك التسليم قبل قبض ثمنه والحكم صحيح والعلة لا لما مر أن النهي عن التسليم قبل قبض ثمنه لا يصح فلما لم يعمل النهي عن التسليم فلأن لا يكون ممنوعا عن التسليم اولى وهذه المسألة تخالف مسألة القمقمة بزازية (قوله ونسي) اي نسي من دفعها اليه (قوله ابرأه مما له عليه) انظر ما مناسبة ذكر هذا الفرع هنا (فروع) بعث المديون المال على يد رسول فهلك فان كان رسول الدائن هلك عليه وان كان رسول المديون هلك عليه وقول الدائن ابعث بها مع فلان ليس

بريء من الكل قضاء وأما في الآخرة فلا الا بقدر ما يتوهم أن له عليه * وفي الاشباه ٤١٩ قال لمديونه من جاءك بعلامة كذا أو من أخذ

رسالة منه فاذا هلك هلك على المديون بخلاف قوله ادفعها الى فلان فانه ارسال فاذا اهلك هلك على الدائن وبيانه في شرح المنظومة اشباه (قوله او بع لخالد) اى او قال بعه وبع لخالد (قوله نخالفه) اى لو خالفه يجوز البيع لانه لما امر بالبيع كان مطلقا ثم قوله وبع بالنقد أو بع لخالد بعده كان مشورة بخلاف قوله بع بالنقد أو بع لخالد ونقل الجواز ولهذا أتى بصيغة قالوا شرنبلالي ملخصا (قوله وفي الدفع) اى اذا وكله بدفع ألف يقضي بها دينه فادعى الدفع (قوله مقدم) على قول الموكل انه لم يدفع (قوله رب الدين) اى بأنه ما قبض (قوله والخصم يجبر) اى يجبر الموكل على الدفع الى الطالب (قوله مال المبيع) اى الثمن ابن الشحنة (قوله يشطر) اى يصالح بينهما بالنصف

(كتاب الدعوى)

في الفواكه البدرية لابن الغرس مسائل كثيرة تتعلق بالدعوى فلتراجع (قوله لكن جزم) عبارته مختلة قال في المصباح وجمع الدعوى الدعاوى بكسر الواو لانه الاصل كما سيأتي وبفتحها محافظة على ألف التأنيث ح كذا في الهامش (قوله دعوى دفع التعرض) قال في البحر اعلم انه سئل قارئ الهداية عن الدعوى بقطع النزاع بينه وبين غيره فاجاب لا يجبر المدعى على الدعوى لان الحق له اه ولا يعارضه ما نقلوه في الفتاوى من صحة الدعوى بدفع التعرض وهي مسموعة كما في البزازية والخزانة والفرق ظاهر فانه في الاول انما يدعى أنه ان كان شيء يدعيه والايشهد على نفسه بالابراء وفي الثاني انما يدعى عليه أنه يتعرض في كذا بغير حق ويطالبه في دفع التعرض فافهم ح كذا في الهامش (قوله لهذا القيد) اى قوله اودفعه فانه فصل قصد به الادخال والفصل بعد الجنس قيد فافهم (قوله فلو) أشار به الى أن الجبر في أصل الدعوى لا فيمن يدعى بين يديه والتفريع لا يظهر ط وفي بعض النسخ بالواو (قوله في محلة) اى بخصوصها وليس قضاؤه عاما (قوله بزازية) ليس ما ذكره عبارة البزازية وعبارتها كما في المنح قاضيان في مصر طلب كل واحد منهما أن يذهب الى قاض فالخيار للمدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى اه وفي المنح قبل هذا عن الخانية قال ولو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما في محلة على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من محلة والآخر من محلة اخرى والمدعى يريد أن يخاصمه الى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها ابو يوسف ومحمد والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه وكذا لو كان أحدهما من اهل العسكر والآخر من اهل البلدة اه وعلله في المحيط كما في البحر بأن أبا يوسف يقول ان المدعى منشئ للخصومة فيعتبر قاضيه ومحمد يقول ان المدعى عليه دافع لها اه وانما حمل الشارح عبارة البزازي على ما في الخانية من التقييد بالمحلة لما قاله المصنف في المنح هذا كله وكل عبارات اصحاب الفتاوى يفيد أن فرض المسألة التي وقع فيها الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما اذا كان في البلدة قاضيان كل قاض في محلة وأما اذا كانت الولاية لقاضيين او لقضاة على مصر واحد على السواء فيعتبر المدعى في دعواه فله الدعوى عند أي قاض اراده اذ لا تظهر فائدة في كون العبرة للمدعى او المدعى عليه ويشهد لصحة هذا ما قدمناه من تعليل صاحب المحيط اه ورده الخير الرملي وادعى أن هذا بالهذيان اشبه وذكر أنه حيث كانت العلة لابي يوسف أن المدعى منشئ للخصومة ولمحمد أن المدعى عليه دافع لها لا يتجه ذلك فان الحكم دائر مع العلة اه وهو الذي يظهر كما قال شيخنا وأقول التحرير في هذه المسألة ما نقله الشارح عن خط المصنف ومشى عليه العلامة المقدسي كما نقله عنه ابو السعود وحاصله أن ما ذكروه من تصحيح قول محمد من أن العبرة لمكان المدعى عليه انما هو فيما اذا كان قاضيان كل منهما في محلة وقد أمر كل منهما بالحكم على اهل محلته فقط بدليل قول العمادي وكذا لو كان أحدهما من اهل العسكر والآخر من اهل البلد فأراد العسكري أن يخاصمه الى قاضي العسكر فهو على هذا ولا ولاية لقاضي العسكر على غير الجندي فقوله ولا ولاية دليل واضح على ذلك أما اذا كان كل منهما مأذونا بالحكم على اي من حضر عنده من مصري وشامي وحلبي وغيرهم كما في قضاة زماننا فينبغي التعويل على قول أبي يوسف لموافقته لتعريف المدعى عليه اى فان المدعى هو الذي له الخصومة فيطلبها قبل اي قاض أراد وبه ظهر أنه لا وجه لما في البحر من أنه لو تعدد القضاة في المذاهب الاربعة كما في القاهرة فالخيار للمدعى عليه حيث لم يكن القاضي من محلتهما قال وبه أفتيت مرارا أقول وقد رأيت بخط بعض العلماء نقلا عن المفتي أبي السعود

اصبعك او قال لك كذا فادفع اليه لم يصح لانه توكيل لمجهول فلا يبرأ بالدفع اليه وفي الوهبانية قال
ومن قال أعط المال قابض خنصري
فأعطاه لم يبرأ وبالمال يخسر
وبعه وبع بالنقد أو بع لخالد
نخالفه قالوا يجوز التغير
وفي الدفع قل قول الوكيل مقدم
كذا قول رب الدين والخصم يجبر
٣ ولو قبض الدلال مال المبيع كي
يسلمه منه وضاع يشطر

(كتاب الدعوى)

لا يخفى مناسبتها للوكالة بالخصومة (هي) لغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وألفها للتأنيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو كفتوى وفتاوى درر لكن جزم في المصباح بكسرها أيضا فيهما محافظة على ألف التأنيث وشرعا (قول مقبول) عند القاضي (يقصد به طلب حق قبل غيره) خرج الشهادة والاقرار (أو دفعه) اى دفع الخصم (عن حق نفسه) دخل دعوى دفع التعرض فتسمع به يفتى بزازيه بخلاف دعوى قطع النزاع فلا تسمع سراجية وهذا اذا اريد بالحق في التعريف الامر الوجودي فلو أريد ما يعم الوجودي والعدمي لم يحتج لهذا القيد (والمدعى من اذا ترك) دعواه (ترك) اى لا يجبر عليها (والمدعى عليه بخلافه) اى يجبر عليها فلو في البلدة قاضيان كل في محلة فالخيار للمدعى عليه عند محمد به يفتى بزازية ولو القضاة في المذاهب الاربعة على الظاهر وبه افتيت مرارا بحر
٣ قوله قال في المصباح الخ هو منقول بالمعنى وفي المقام مزيد بيان وتحقيق يعلم بمراجعة عبارة المصباح

اهـ مصححه

قال المصنف ولو الولاية لقاضيين فاكثر على السواء فالعبرة للمدعى نعم لو أمر السلطان باجابة المدعى عليه لزم اعتباره لعزله بالنسبة اليها كما مر مرارا قلت وهذا الخلاف فيما اذا كان كل قاض على محلة على حدة أما اذا كان فى المصر حنفى وشافعى ومالكى وحنبلى فى مجلس واحد والولاية واحدة فلا ينبغى أن يقع الخلاف فى اجابة المدعى لما أنه صاحب الحق كذا بخط المصنف على هامش البزازية فليحفظ (وركنها اضافة الحق الى نفسه) لو أصيلا كلى عليه كذا (أو) اضافته (الى من ناب) المدعى (منابه) كوكيل ووصى (عند النزاع) متعلق باضافة الحق (وأهلها العاقل المميز) ولو صبيا لو مأذونا فى الخصومة والالا اشباه (وشرطها) اى شرط جواز الدعوى (مجلس القضاء وحضور خصمه) فلا يقضى على غائب وهل يحضره بمجرد الدعوى ان بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله نعم والالحتى يبرهن او يحلف منية (ومعلومية) المال (المدعى) اذلا يقضى بمجهول ولا يقال مدعى فيه وبه الا أن يتضمن الاخبار (و) شرطها ٤٢٠ أيضا (كونها ملزمة) شيأ على الخصم بعد ثبوتها والا كان عبثا (وكون المدعى مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده) عقلا او عادة (باطلة) لتيقن الكذب فى المستحيل العقلى كقوله لمعروف النسب اولمن لا يولد مثله لمثله هذا ابنى وظهوره فى المستحيل العادى كدعوى معروف بالفقر أموالا عظيمة على آخر أنه اقرضه اياها دفعة واحدة أو غصبها منه فالظاهر عدم سماعها بحر وبه جزم ابن الغرس فى الفواكه البدرية (وحكمها وجوب الجواب على الخصم) وهو المدعى عليه بلا أو بنعم حتى لو سكت كان انكارا فتسمع البينة عليه الا أن يكون اخرس اختيار وسنحققه وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطى المعاملات (فلو كان ما يدعيه منقولا فى يد الخصم ذكر) المدعى (انه فى يده بغير حق) لاحتمال كونه مرهونا فى يده اومحبوسا بالثمن فى يده (وطلب) المدعى (احضاره ان أمكن) فعلى الغريم احضاره (ليشار اليه فى الدعوى والشهادة) والاستحلاف (وذكر) المدعى (قيمته ان تعذر) احضار العين بأن كان فى نقلها مؤنة وان قلت ابن كمال معزيا للخزانة (بهلاكها او غيبتها)

العمادى أن قضاة الممالك المحروسة ممنوعون عن الحكم على خلاف مذهب المدعى عليه اهـ واشار اليه الشارح (قوله قال المصنف) فيه رد على البحر لان قضاة المذاهب فى زماننا ولا يتهم على السواء فى التعميم (قوله على السواء) اى فى عموم الولاية (قوله لعزله) اى لعزل من اختاره المدعى عن الحكم بالنسبة الى هذه الدعوى (قوله كما مر) من أن القضاء يتقيد (قوله قلت) مكرر مع ما قبله (قوله على حدة) اى لا يقضى على غير أهلها (قوله فى مجلس) قيد اتفاقى والظاهر أنه أراد فى بلدة واحدة (قوله والولاية واحدة) اى لم يخصص كل واحد بمحلة (قوله عند النزاع) قال فى البحر نخرج الاضافة حالة المسالمة فانها دعوى لغة لا شرعا ونظيره ما فى البزازية عين فى يد رجل يقول هو ليس لى وليس هنالك منازع لا يصح نفيه فلو ادعاه بعد ذلك لنفسه صح وان كان ثمة منازع فهو اقرار للمنازع فلو ادعاه بعده لنفسه لا يصح وعلى رواية الاصل لا يكون اقرارا بالملك له اهـ قال السائحانى أقول كلام البزازية مفروض فى كون النفى اقرارا للمنازع أولا وليس فيه دعواه الملك لنفسه حالة المسالمة (قوله وشرطها) لم أر اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغى اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق فلو قال أشك أو أظن لم تصح الدعوى بحر (فائدة) لا تسمع الدعوى بالاقرار لما فى البزازية عن الذخيرة ادعى أن له كذا وأن العين الذى فى يده له لما أنه أقر له به او ابتدأ بدعوى الاقرار وقال انه أقر أن هذا لى أو أقر أن لى عليه كذا قيل يصح وعامة المشايخ على انه لا تصح الدعوى لعدم صلاحية الاقرار للاستحقاق الخ بحر من فصل الاختلاف فى الشهادة وسيأتى متنا أول الاقرار (قوله فحتى يبرهن اويحلف) هذان قولان لا قول واحد يخير فيه بين البرهان والتحليف فراجع البحر (قوله ومعلومية المال المدعى) اى ببيان جنسه وقدره كما فى الكنز (قوله اذلا يقضى بمجهول) ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب لما فى الخانية معزيا الى رهن الاصل اذا شهدوا أنه رهن عنده ثوبا ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم والقول للمرتهن فى اى ثوب كان وكذلك فى الغصب اهـ فالدعوى بالاولى اهـ بحر قلت وفى المعراج وفساد الدعوى اما أن لا يكون لزمه شئ على الخصم اويكون المدعى مجهولا فى نفسه ولا يعلم فيه خلاف الا فى الوصية بأن ادعى حقا من وصية او اقرار فانهما يصحان بالمجهول وتصح دعوى الابراء المجهول بلا خلاف اهـ فبلغت المستثنيات خمسة تأمل (قوله ولا يقال مدعى فيه وبه) وفى طلبة الطلبة ولا يقال مدعى فيه وبه وان كان يتكلم به المتفقهة الا انه مشهور فهو خير من صواب مهجور حموى ط (قوله والا كان عبثا) اى وان لم تكن ملزمة كما اذا ادعى التوكيل على موكله الحاضر فانها لا تسمع لامكان عزله كما فى البحر ح كذا فى الهامش (قوله وظهوره) بالجر عطف على تيقن (قوله فى الفواكه البدرية) قال فى المنح لكنه لم يستند فى منع دعوى المستحيل العادى الى نقل عن المشايخ قلت لكن فى المذهب فروع تشهد له منها ما سيأتى آخر فصل التحالف (قوله وسنحققه) عند قول المصنف وقضى بنكوله مرة (قوله انه فى يده) فلو أنكر كونه فى يده فبرهن المدعى انه كان فى يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة هل يقبل ويجبر باحضاره قال صاحب جامع الفصولين ينبغى أن يقبل اذ لم يثبت خروجه من يده فتبقى ولا تزول بشك وأقره فى البحر وجزم به القهستانى ورده فى نور العين بان هذا استصحاب وهو حجة فى الدفع لا فى الاثبات كما فى كتب الاصول (قوله وطلب المدعى الخ) هذا اذا لم يكن المدعى عليه مودعا فان ادعى عين وديعة لا يكلف احضارها بل يكلف التخلية كما فى البحر عن جامع الفصولين (قوله بأن كان فى نقلها مؤنة) فيه أن هذا من قبيل الرحى والصبرة فذكره هنا سهو وقال فى ايضاح الاصلاح الا اذا تعسر بأن كان فى نقله مؤنة وان قلت ذكره فى الخزانة ح (قوله اوغيبتها)

بان

لانه مثلي معنى (وان تعذر) احضارها (مع بقائها كرحى وصبرة طعام) وقطيع غنم (بعث القاضي أمينه) ليشار اليها (والا) تكن باقية (اكتفى) في الدعوى (بذكر القيمة) وقالوا لو ادّعى أنه غصب منه عين كذا ولم يذكر قيمتها تسمع فيحلف خصمه او يجبر على البيان درر وابن ملك ولهذا لو (ادّعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة كفى ذلك) الاجمال على الصحيح وتقبل بينته او يحلف خصمه على الكل مرة (وان لم يذكر قيمة كل عين على حدة) لانه لما صح دعوى الغصب بلا بيان فلأن يصح اذا بين قيمة الكل جملة بالاولى وقيل في دعوى السرقة يشترط ذكر القيمة ليعلم كونها نصابا فأما في غيرها فلا يشترط عمادية وهذا كله في دعوى العين لا الدين فلو (ادّعى قيمة شئ مستهلك اشترط بيان جنسه ونوعه) في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي (واختلف في بيان الذكورة والانوثة في الدابة) فشرطه ابو الليث أيضا واختاره في الاختيار وشرط الشهيد بيان السن أيضا وتمامه في العمادية (وفي دعوى الايداع لا بدّ من بيان مكانه) اى مكان الايداع (سواء كان له حمل أولا وفي الغصب ان له حمل ومؤنة فلا بدّ) لصحة الدعوى (من بيانه والا) حمل له (لا) وفي غصب غير المثلي يبين قيمته يوم غصبه على الظاهر عمادية (ويشترط التحديد في دعوى العقار كما) يشترط (في الشهادة عليه ولو) كان العقار (مشهورا) خلافا لهما (الا اذا عرف الشهود الدار بعينها فلا يحتاج الى ذكر حدودها)

بأن لا يدري مكانها ذكره قاضي زاده ح (قوله لانه) اى القيمة وذكر الضمير باعتبار المذكور وهو علة لقوله وذكر قيمته (قوله وان تعذر) أي تعسر (قوله والا تكن) تكرار مع قوله وذكر قيمته ان تعذر س (فرع) وصف المدّعى المدّعى فلما حضر خالف في البعض ان ترك الدعوى الاولى وادّعى الحاضر تسمع لانها دعوى مبتدأة والا فلا بحر عن البزازية (قوله بذكر القيمة) لانّ عين المدّعى تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف فاشترط بيان القيمة لانها شئ تعرف العين الهالكة به غاية البيان وفي شرح ابن الكمال ولا عبرة في ذلك للتوصيف لانه لا يجدي بدون ذكر القيمة وعند ذكرها لا حاجة اليه اشير الى ذلك في الهداية اه وفي القهستاني وفي قوله وذكر قيمته ان تعذر اشارة الى أنه لا يشترط ذكر اللون والذكورة والانوثة والسنّ في الدابة وفيه خلاف كما في العمادية وقال السيد أبو القاسم ان هذه التعريفات للمدّعى لازمة اذا أراد أخذ عينه او مثله في المثلي أما اذا أراد أخذ قيمته في القيمي فيجب أن يكتفي بذكر القيمة كما في محاضر الخزانة اه (قوله عين كذا) قال في البحر والحاصل أنه في دعوى الغصب والرهن لا يشترط بيان الجنس والقيمة في صحة الدعوى والشهادة ويكون القول في القيمة للغاصب والمرتهن اه قلت وزاد في المعراج دعوى الوصية والاقرار قال فانهما يصحان في المجهول وتصح دعوى الابراء المجهول بلا خلاف اه فهي خمسة (قوله ولهذا) اى لسماعها في الغصب وان لم يذكر القيمة قال في الدرر ولو قال غصبت مني عين كذا ولا أدري قيمته قالوا تسمع قال في الكافي وان لم يبين القيمة وقال غصبت مني عين كذا ولا أدري اهو هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لانّ الانسان ربما لا يعلم قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرّر به أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا أقرّ أو نكل عن اليمين فتأمل فان كلام الكافي لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق ح (قوله وتقبل بينته) اى على القيمة (قوله او يحلف) اى عند عدم البينة (قوله لانه) علة للعلة (قوله يشترط ذكر القيمة) قال الشيخ عمر مؤلف النهر ينبغي أن يكون المعنى أنه اذا كانت العين حاضرة لا يشترط ذكر قيمتها الا في دعوى السرقة حموي (قوله وهذا كله) اى المذكور من الشروط السابقة (قوله لا الدين) ستأتي دعوى الدين في المتن (قوله اشترط بيان جنسه) أقول لي شبهة في هذا المحل وهي أنه لو ادّعى أعيانا مختلفة فقد مرّ أنه يكتفي بذكر القيمة للكل جملة وذكر في الفصولين أنه لو ادّعى أن الاعيان قائمة بيده يؤمر باحضارها فتقبل البينة بحضرتها ولو قال انها هالكة وبين قيمة الكل جملة تسمع دعواه فظهر أن ما قدّمه المصنف في دعوى الاعيان انما هو اذا كانت هالكة والا لم يحتج الى ذكر القيمة لانه مأمور باحضارها وقدّمنا عن ابن الكمال أن العين اذا تعذر احضارها بهلاك ونحوه فذكر القيمة مغن عن التوصيف وهو موافق لما ذكره المصنف في الاعيان من الاكتفاء بذكر القيمة فقوله هنا اشترط بيان جنسه ونوعه مشكل وان قلنا انه لا بدّ مع ذكر القيمة من بيان التوصيف لم يظهر فرق بين دعوى القيمة ودعوى نفس العين الهالكة فما معنى قوله تبعا للبحر وهذا كله في دعوى العين لا الدين فليتأمل وفي البحر عن السراجية ادّعى ثمن محدود ولم يشترط بيان حدوده (قوله من بيانه) اى بيان موضع الغصب (قوله على الظاهر) قال في نور العين وفي غصب غير المثلي واهلاكه ينبغي أن يبين قيمته يوم غصبه في ظاهر الرواية وفي رواية يتخير المالك بين أخذ قيمته يوم غصبه او يوم هلاكه فلا بدّ من بيان انها قيمة اى اليومين ولو ادّعى ألف دينار بسبب اهلاك الاعيان لا بدّ من أن يبين قيمتها في موضع الاهلاك وكذا لا بدّ من بيان الاعيان فان منها ما هو قيمي ومنها ما هو مثلي اه (قوله في دعوى العقار) في المغرب العقار الضيعة وقيل كل مال له اصل كالدار والضيعة اه وقد صرّح مشايخنا في كتاب الشفعة بأن البناء والنخل من المنقولات وانه لا شفعة فيهما اذا بيعا بلا عرصة فان بيعا معها وجبت تبعا وقد غلط بعض العصريين فجعل النخيل من العقار ونبه فلم يرجع كعادته بحر وفي حاشية ابي السعود وقوله لا شفعة فيهما الخ يحمل على ما اذا لم تكن الارض محتكرة والا فالبناء بالارض المحتكرة تثبت فيه الشفعة لانه لما له من حق القرار التحق بالعقار كما سيأتي في الشفعة

كما لو ادّعى ثمن العقار لانه دعوى الدين حقيقة بحر (ولا بدّ من ذكر بلدة بها الدار ثم المحلة ثم السكة) فيبدأ بالاعمّ ثم الاخص فالاخص كما فى النسب (ويكتفى بذكر ثلاثة) فلو ترك الرابع صح وان ذكره وغلط فيه لا ملتقى لان المدّعى يختلف به ثم انما يثبت الغلط باقرار الشاهد فصولين (وذكر أسماء اصحابها) اى الحدود (وأسماء انسابهم ولا بدّ من ذكر الجدّ) لكل منهم (ان لم يكن) الرجل (مشهورا) والا اكتفى باسمه لحصول المقصود (و) ذكر (أنه) اى العقار (فى يده) ليصير خصما (ويزيد) عليه (بغير حق ان كان) المدّعى (منقولا) لما مرّ (ولا تثبت يده فى العقار بتصادقهما بل لا بدّ من بينة اوعلم قاض) لاحتمال تزويرهما بخلاف المنقول لمعاينة يده ثم هذا ليس على اطلاقه بل (اذا ادّعى العقار (ملكا مطلقا أما فى دعوى الغصب و) دعوى (الشراء) من ذى اليد (فلا) يفتقر لبينة لان دعوى الفعل كما تصح على ذى اليد تصح على غيره أيضا بزازية (و) ذكر (انه يطالبه به) لتوقفه على طلبه ولاحتمال رهنه اوحبسه بالثمن وبه استغنى عن زيادة بغير حق فافهم (ولو كان) ما يدّعيه (دينا) مكيلا اوموزونا نقدا اوغيره (ذكر وصفه) لانه لا يعرف الا به

(قوله كما فى النسب) فان ذكر الاسم أعمّ من الاسم مع ذكر اسم الاب وهذا أعمّ من ذكر الاسم مع اسم الاب واسم الجدّ ح كذا فى الهامش (قوله فلو ترك) اى المدّعى او الشاهد فحكمهما فى الترك والغلط واحد كما صرّح به فى الفصولين (قوله وغلط فيه لا) اى لا يصح ونظيره اذا ادّعى شراء شئ بثمن منقود فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكروه واختلفوا فيه لم تقبل كما فى الزيلعى سائحانى (قوله فصولين) وفيه أيضا أما لو ادّعاه المدّعى لا تسمع ولا تقبل بينته لان المدّعى عليه حين أجاب المدّعى فقد صدّقه أن المدّعى بهذه الحدود فيصير بدعوى الغلط بعده مناقضا أو نقول تفسير دعوى الغلط أن يقول المدّعى عليه أحد الحدود ليس ما ذكره الشاهد او يقول صاحب الحدّ ليس بهذا الاسم كل ذلك نفى والشهادة على النفى لا تقبل اه ولصاحب جامع الفصولين بحث فيما ذكر كتبناه على هامش البحر حاصله أنه يمكن أن يجيب المدّعى بأن هذا ليس لك فلا يكون مناقضا او يجيب ابتداء بأنه مخالف لما حدّدته فينبغى التفصيل وتمامه فيه وبخط السائحانى والخلاص أن يقول المدّعى عليه هذا المحدود ليس فى يدى فيلزم أن يقول الخصم بل هو فى يدك ولكن حصل غلط فيمنع به ولو تدارك الشاهد الغلط فى المجلس يقبل اوفى غيره اذا وفق بزازية وعبارتها ولو غلطوا فى حدّ واحد أو حدّين ثم تداركوا فى المجلس أو غيره يقبل عند امكان التوفيق بأن يقول كان اسمه فلانا ثم صار اسمه فلانا اوباع فلان واشتراه المذكور (قوله ولا بدّ من ذكر الجدّ) قدّمنا قبيل باب الشهادة على الشهادة أن الدعوى والشهادة بالمحدود فى هذا العمل تصح أما فى الدار فلا بدّ من تحديده ولو مشهورا عند أبى حنيفة وتمام حدّه بذكر جدّ صاحب الحدّ وعندهما التحديد ليس بشرط فى الدار المعروف كدار عمر ابن الحارث بكوفة فعلى هذا لو ذكر لزيق دار فلان ولم يذكر اسمه ونسبه وهو معروف يكفيه اذ الحاجة اليهما لاعلام ذلك الرجل وهذا مما يحفظ جدّا فصولين (فرع) قال فى جامع الفصولين لو ذكر لزيق دار ورثة فلان لا يحصل التعريف اذ هو بذكر الاسم والنسب وقيل يصح لانه من اسباب التعريف اه وعلل للاوّل قبله بأن الورثة مجهولون منهم ذو فرض وعصبة وذو رحم ثم رمز لو كتب لزيق ورثة فلان قبل القسمة قيل يصح وقيل لا ثم رمز كتب لزيق دار من تركة فلان يصح حدّا ولو جعل أحد حدوده أرضا لا يدرى مالكها لا يكفى اقول لو كانت معروفة ينبغى أن لا يحتاج الى ذكر صاحب اليد لحصول الغرض اه ولا يخفى أن بحثه مخالف لقول الامام كما قدّمناه عنه ثم قال ولو جعل أحد الحدود أرض المملكة يصح وان لم يذكر أنه فى يد من لانها فى يد السلطان بواسطة يد نائبه والطريق يصلح حدّا بلا بيان طوله وعرضه الا على قول والنهر لا عند البعض وكذا السور وهو رواية وظاهر المذهب يصلح والخندق كنهر ولو قال لزيق ارض فلان ولفلان فى هذه القرية أراض كثيرة متفرّقة مختلفة تصح الدعوى والشهادة ولو ذكر لزيق أرض الوقف لا يكفى وينبغى أن يذكر أنها وقف على الفقراء او المسجد اونحوه ويكون كذكر الواقف وقيل لا يثبت التعريف بذكر الواقف ما لم يذكر أنه فى يد من أقول ينبغى ان يكون هذا على تقدير عدم المعرفة الا به والا فهو تضييق بلا ضرورة اه ملخصا (قوله منقولا) هو تكرار مع ما مرّ س (قوله ولا تثبت يده فى العقار بتصادقهما الخ) هذا مما يقع كثيرا ويغفل عنه كثير من قضاة زماننا حيث يكتب فى الصكوك فأقرّ بوضع يده على العقار المذكور فلا بدّ أن يقول المدّعى انه واضع يده على العقار ويشهد له شاهدان ولذا انظمت ذلك بقولى

واليد لا تثبت فى العقار * مع التصادق فلا تمار
بل يلزم البرهان ان لم يدّع * عليه غصبا أو شراء مدّعى

وفى جامع الفصولين برمز الخانية ادّعى شيأ بيد آخر وقال هو ملكى وهذا أحدث يده عليه بلا حق قالوا ليس هذا دعوى غصب على ذى اليد قال صاحب الفصولين أقول قياس ما مرّ فى فش انه لو ادّعى انه ملكى وفى يدك بغير حق يصح ولو لم يذكر يوم غصبه ينبغى أن يصح هنا أيضا وتمامه فيه فى الفصل السادس (قوله يطالبه به) أى سواء كان عينا أو دينا منقولا أو عقارا فلو قال لى عليه عشرة دراهم ولم يزد على ذلك لم يصح ما لم يقل للقاضى مره حتى يعطيه وقيل يصح وهو الصحيح قهستانى سائحانى (قوله وبه استغنى) أى بذكر أنه يطالبه به لانه لا مطالبة له اذا كان محبوسا بحق (قوله ذكر وصفه) زاد فى الكنز وانه يطالبه به قال فى البحر هكذا جزم به فى المتون والشروح وأمّا أصحاب الفتاوى كالخلاصة والبزازية فجعلوا اشتراطه قولا ضعيفا وليس المراد لفظ

والطالبه

(ولا بد في دعوى المثليات من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب) فلو ادعى كر بر دينا عليه ولم يذكر سببا لم تسمع واذا ذكر في السلم أنه له المطالبة في مكان عيناه وفي نحو قرض وغصب واستهلاك في مكان القرض ونحوه ٤٢٣ بحر فليحفظ (ويسأل القاضي المدعى عليه)

عن الدعوى فيقول انه ادعى عليك كذا فماذا تقول (بعد صحتها والا) تصدر صحيحة (لا) يسأل لعدم وجوب جوابه (فان أقر) فبها (أو أنكر فبرهن المدعى قضى عليه) بلا طلب المدعى (والا) يبرهن (حلفه) الحاكم (بعد طلبه) اذ لابد من طلبه اليمين في جميع الدعاوى الا عند الثاني في أربع على ما في البزازية قال وأجمعوا على التحليف بلا طلب في دعوى الدين على الميت (واذا قال) المدعى عليه (لا أقر ولا أنكر لا يستحلف بل يحبس ليقر أو ينكر) درر وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثاني خلاصة قال في البحر وبه افتيت لما أن الفتوى على قول الثاني فيما يتعلق بالقضاء اه ثم نقل عن البدائع الاشبه انه انكار فيستحلف قيدنا بتحليف الحاكم لانهما لو (اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض ويكون بريا فهو باطل) لان اليمين حق القاضي مع طلب الخصم ولا عبرة ليمين ولا نكول عند غير القاضي (فلو برهن عليه) أي على حقه (يقبل والا يحلفه ثانيا عند قاض) بزازية الا اذا كان حلفه الاول عنده فيكفي درر ونقل المصنف عن القنية أن التحليف حق القاضي فما لم يكن باستحلافه لم يعتبر (وكذا لو اصطلحا أن المدعى لو حلف فالخصم ضامن) للمال

وأطالبه به بل هو أو ما يفيده من قوله مره ليعطيني حقي كما في العمدة اه ولا يخفى انه كان ينبغي للمصنف ذكره لما قالوا ان ما في المتون والشروح مقدم على ما في الفتاوى (قوله من ذكر الجنس) كحنطة والنوع كسقية والصفة كجيدة (قوله لم تسمع) ويذكر في السلم شرائطه من اعلام جنس رأس المال وغيره من نوعه وصفته وقدره بالوزن ان كان وزنيا وانتقاده بالمجلس حتى يصح ولو قال بسبب بيع صحيح جرى بينهما صحت الدعوى بلا خلاف وعلى هذا في كل سبب له شرائط كثيرة لا يكتفي بقوله بسبب كذا صحيح واذا قلت الشرائط يكتفي وأجاب شمس الاسلام فيمن قال كفل كفالة صحيحة انه لا يصح كالسلم لانه لعله صحيح في اعتقاده لا عند الحنفي المعتقد عدمها بلا قبول فيقول كفل وقبل المكفول له في المجلس ويذكر في القرض وأقرضه من مال نفسه لجواز أن يكون وكيلا وهو سفير لا يملك الطلب ويذكر أنه قبضه وصرفه في حوائجه ليكون دينا اجماعا لانه عند الثاني موقوف على صرفه واستهلاكه بزازية ملخصا (قوله فبرهن) ظاهره أن البينة لا تقام على مقر قال في البحر الا في أربع فراجعه وفيه لو أقر بعد البينة يقضى به لا بها وانه لو سكت عن الجواب يحبس الى أن يجيب فراجعه (قوله حلفه الحاكم) ولا يبطل حقه بيمينه لكنه ليس له أن يخاصم ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجدها أقامها وقضى له بها درر كذا في الهامش (قوله في اربع) في الرد بالعيب يحلف المشتري بالله ما رضيت بالعيب والشفيع بالله ما أبطلت شفعتك والمرأة اذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما خلف لك زوجك شيئا ولا أعطاك النفقة والرابع يحلف المستحق بالله ما بعت ح كذا في الهامش وفيه فرع رجل ادعى على رجل انه كان لابي عليك مائة دينار وقد مات أبي قبل استيفاء شئ منها وصارت ميراثا لي بموته وطالبه بتسليم المائة دينار فقال المدعى عليه قد كان لابيك علي مائة دينار الا انى اديت منها ثمانين دينارا الى أبيك في حياته وقد أقر أبوك بالقبض ببلدة سمرقند في بيتي في يوم كذا بألفاظ فارسية وأقام على ذلك بينة فقال المدعى للمدعى عليه انك مبطل في دعوى اقرار أبي بقبض ثمانين دينارا منك لما أن أبي كان غائبا عن بلدة سمرقند في اليوم الذي ادعيت اقراره فيه وكان ببلدة كبيرة وأقام على ذلك بينة هل تندفع بينة المدعى عليه ببينة المدعى فقيل لا الا أن تكون غيبة أبي المدعى عن سمرقند في اليوم الذي شهد شهود المدعى عليه على اقراره بالاستيفاء بسمرقند وكونه ببلدة كبيرة ظاهرا مستفيضا يعرفه كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل فحينئذ القاضي يدفع ببينته بينة المدعى عليه كذا في الذخيرة فتاوى الهندية من الباب التاسع في الشهادة على النفي والاثبات اه (قوله واجمعوا) الانسب أن يقول والا في دعوى الدين على الميت اتفاقا وصورة التحليف أن يقول له القاضي بالله ما استوفيت من المديون ولا من أحد أداه اليك عنه ولا قبضه لك قابض بأمرك ولا أبرأته منه ولا شيئا منه ولا أحلت بشئ من ذلك أحدا ولا عندك به ولا بشئ منه رهن كذا في البحر عن البزازية ح ويحلف وان أقر به المريض في مرض موته كما في الاشباه عن التتارخانية وقدمه الشارح قبيل باب التحكيم من القضاء (قوله ثم نقل) أي في مسألة المتن قال في الهامش قوله ثم نقل عن البدائع المتبادر أنه راجع الى مسألة السكوت وليس كذلك بل هو راجع الى المتن قال في البحر وفي المجمع ولو قال لا أقر ولا أنكر فالقاضي لا يستحلفه قال الشارح بل يحبسه عند أبي حنيفة حتى يقر أو ينكر وقالا يستحلف وفي البدائع انه انكار وهو تصحيح لقولهما كما لا يخفى فان الاشبه من ألفاظ التصحيح كما في البزازية ح (قوله الا اذا كان) استثناء منقطع لان فرض المسألة في أن الحلف الاول عند غير قاض (قوله حلفه الاول عنده) أي عند قاض فيكفي أي لا يحتاج الى التحليف ثانيا هذا ولا موقع للاستثناء كما لا يخفى ح اللهم الا أن يكون المراد عنده قبل تقلده القضاء تأمل وراجع وقوله حلفه بفتح الحاء وكسر اللام وضم الفاء والهاء (قوله لم يعتبر) هذه المسألة تغاير المتقدمة في المتن فان تلك فيما اذا حلف عند غير قاض وهذه فيما اذا حلف عند القاضي باستحلاف المدعى لا القاضي ح (قوله وكذا لو اصطلحا) وفي الواقعات الحسامية قبيل الرهن وعند محمد قال لآخر لي عليك ألف درهم فقال له الآخر ان حلفت انها لك اديتها اليك فحلف فأداها اليه المدعى عليه ان كان أداها اليه على الشرط الذي شرط فهو باطل وللمؤدي أن يرجع فيما أدى لان ذلك الشرط باطل لانه على خلاف حكم

(وحلف) أى المدّعى (لم يضمن) الخصم لان فيه تغييرالشرع (واليمين لاترد على مدّع) لحديث البينة على المدّعى وحديث الشاهد واليمين ضعيف بل ردّه ابن معين بل أنكره الراوى عينى (برهن) المدّعى (على دعواه وطلب من القاضى أن يحلف المدّعى انه محق فى الدعوى أوعلى أن الشهود صادقون أو محقون فى الشهادة لايجيبه) القاضى الى طلبته لان الخصم لايحلف مرّتين فكيف الشاهد لان لفظ أشهد عندنا يمين ولايكرر اليمين لانا أمرنا باكرام الشهود ولذا لو (علم الشاهد أن القاضى يحلفه) ويعمل بالمنسوخ (له الامتناع عن اداء الشهادة) لانه لايلزمه بزازية (وبينة الخارج فى الملك المطلق) وهو الذى لم يذكر له سبب (أحق من بينة ذى اليد) لانه المدّعى والبينة له بالحديث بخلاف المقيد بسبب كنتاج ونكاح فالبينة لذى اليد اجماعا كما سيجىء (وقضى) القاضى (عليه بنكوله مرّة) لونكوله (فى مجلس القاضى) حقيقة (بقوله لاأحلف أو) حكما كأن (سكت) وعلم انه (من غيرآفة) كخرس وطرش فى الصحيح سراج وعرض اليمين ثلاثا ثم القضاء أحوط (وهل يشترط القضاء على فور النكول خلاف) درر ولم أر فيه ترجيحا قاله المصنف قلت ٤٢٤ قدمنا انه يفترض القضاء فورا الا فى ثلاث (قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف لا يلتفت اليه والقضاء على حاله) ماض درر فبلغت طرق القضاء ثلاثا وعدّها فى الاشباه سبعا بينة واقرار ويمين ونكول عنه وقسامة وعلم قاض على المرجوح والسابع قرينة قاطعة كأن ظهر من دار خالية انسان خائف بسكين متلوث بدم فدخلوها فورا فرأوا مذبوحا لحينه أخذ به اذ لايمترى أحد أنه قاتله (شك فيما يدّعى عليه ينبغى أن يرضى خصمه ولايحلف) تحرزا عن الوقوع فى الحرام (وان أبى خصمه الاحلفه ان أكبر رأيه ان المدّعى مبطل حلف والا) بأن غلب على ظنه انه محق (لا) يحلف بزازية (وتقبل البينة لوأقامها) المدّعى وان قال قبل اليمين لا بينة لى سراج خلافا لما فى شرح المجمع عن المحيط (بعد يمين) المدّعى عليه كما تقبل البينة بعد القضاء بالنكول خانية (عند العامّة) وهو الصحيح لقول شريح اليمين الفاجرة أحق أن تردّ من البينة العادلة ولانّ اليمين كالخلف عن البينة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف كأنه لم يوجد أصلا بحر

الشرع لانّ حكم الشرع أنّ اليمين على من أنكر دون المدّعى اهـ بحر (قوله أو على أنّ الشهود الخ) أى أو طلب تحليف الشهود على انهم صادقون (قوله فى الملك المطلق) قيد بالملك المطلق لما سيأتى وهو مقيد بما اذا لم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخ الخارج مساو أو أسبق أمّا اذا كان تاريخ ذى اليد أسبق فانه يقضى له كما سيأتى فى الكتاب بخلاف ما اذا ادّعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الشراء من فلان وبرهنا وأرّخا وتاريخ ذى اليد أسبق فانه يقضى للخارج كما فى الظهيرية بحر (قوله بخلاف المقيد) لانّ البينة قامت على ما لايدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح ودليله من السنة ما روى عن جابر بن عبد الله ان رجلا ادّعى ناقة فى يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام الذى بيده البينة انها ناقته نتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده وهذا حديث صحيح مشهور بحر كذا فى الهامش (قوله ونكاح) أى لو برهن على نكاح امرأة فتهاترا لتعذر العمل بهما لانّ المحل لا يقبل الاشتراك واذا تهاترا افترق القاضى بينهما حيث لامرجح كما فى القنية ولاشئ على واحد منهما ان كان قبل الدخول أمّا لو كان التهاتر بعد موتها ولم يؤرّخا فانه يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل واحد منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد بحر وتمامه فيه كذا فى الهامش (قوله فى الصحيح) أى على قول الثانى الذى عليه الفتوى كما تقدّم (قوله وعرض اليمين) هو مبتدأ وقوله أحوط خبر عنه (قوله أحوط) أى ندبا وعن أبى يوسف ومحمد أنّ التكرار حتم حتى لو قضى القاضى بالنكول مرّة لا ينفذ والصحيح انه ينفذ س (قوله وهل يشترط) الاولى يفترض (قوله قاله المصنف) قال الرملى فى حاشية المنح تقدّم انه ينزل منكرا على قولهما وعلى قول أبى يوسف يحبس الى أن يجيب ولكن الاول فيما اذا لزم السكوت ابتداء ولم يجب عند الدعوى بجواب وهذا فيما اذا أجاب بالانكار ثم لزم السكوت تأمل (قوله قدّمنا) أى فى كتاب القضاء ح (قوله لا يلتفت اليه) أمّا لو أقام بينة بعده فتقبل كما يأتى قريبا (قوله ثلاثا) بينة واقرار ونكول (قوله والسابع الخ) بحث فى هذه السابعة الخير الرملى فى حاشية المنح وقال انه غريب لا يقبل ما لم يعضده نقل من كتاب معتمد وذكر فى البحر أن مدارها على ابن الغرس لكن عبارة ابن الغرس فقد قالوا لو ظهر انسان الخ (قوله خلافا لما فى شرح المجمع) ليس فيه ما ينافى ذلك بل حكى قولين ح (قوله بعد يمين المدّعى عليه) لانّ حكم اليمين انقطاع الخصومة للحال الى غاية احضار البينة وهو الصحيح وقيل انقطاعها مطلقا ط (قوله بعد القضاء بالنكول) كانّ فائدتها التعدّى الى غيره لان النكول اقرار وهو حجة قاصرة بخلاف البينة شيخنا وهذا ظاهر فى نحو الرد بالعيب (قوله خانية) قال فى البحر ثم اعلم أن القضاء بالنكول لا يمنع المقضى عليه من اقامة البينة بما يبطله لما فى الخانية رجل اشترى من رجل عبدا فوجد به عيبا فخاصم البائع فأنكر البائع أن يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضى عليه وألزمه العبد ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرّأت اليه من هذا العيب وأقام البينة ثبتت بينته اهـ أقول ان كان مبنى ما ذكره من القاعدة هو ما نقله عن الخانية ففيه نظر فان نكوله عن الحلف بذل أو اقرار بأن العيب عنده فاقامته البينة بعده على انه تبرّأ اليه من هذا العيب مؤكد لما أقرّ به فى ضمن نكوله أمّا لو ادّعى عليه مالا ونكل عن اليمين فقضى عليه به يكون اقرارا به وحكما به فاذا برهن على انه كان قضاه اياه يكون تناقضا ونقضا للحكم فبين المسألتين فرق فكيف تصح قاعدة كلية ثم لا يخفى أن كلام البحر فى اقامة المقضى عليه البينة وظاهر كلام الشارح أن المدّعى هو الذى أقام البينة كما يدل عليه السياق

فلا يدل

فلايدل عليه مافى الخانيــة من هذا الوجه أيضا وانظرما كتبناه فى هامش البحرعن حاشــية الاشـباه للحموى (قوله طلاق الخانية) الذى نقله فى البحرعن طلاق الخانية والولوالجية من الحنث مطلق عن التقييد بالسبب وعدمه ومافى الدرر من عــدم الحنث مطلقا جعلوه احدى الروايتين عن محمد والذى جعلوا الفتوى عليــه هو الرواية الثانية عنه وهو قول أبى يوسف والتفصــيل المذكــور فى المتن ذكره فى جامع الفصولين فعبارة الشارح غير محرّرة (قوله خلافا لاطلاق الدرر) حيث قال وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب أنه لايظهر حتى لايعاقب عقوبة شاهد الزور ذكره الزيلعى (قوله ثم أقامها المدّعى) سيعيد الشارح المسألة بعد نحو ورقتين (قوله اوالايفاء) بحث فيــه العلامة المقدسى بأن الاصل فى الثابت أن يبقى على ثبوته وقد حكمتم لمن شهد له بشئ انه كان له أن الاصل بقاؤه واذا وجد السبب ثبت والاصل بقاؤه اهـ ط أقول وجوابه أن اثبات كون الشئ له يفيــد ملكيته له فى الزمن السابق واستصحاب هــذا الثابت يصلح لدفع من يعارضه فى الملكية بعــد ثبوتها له وقد قالوا الاســتصحاب يصلح للدفع لا للاثبات واذا أثبتنا الحنث بكون الاصــل بقاء القرض يكون من الاثبات بالاستصحاب وهو لايجوز فالفرق ظاهر فتأمــل (قوله ولاتحليف) أى فى تسعة (قوله بعــد عدّة) قيد للثانى كما فى الدرر (قوله تدّعيه الامة) بأنها ولدت منه ولدا وقد مات أو أسقطت سقطا مستبين الخلق وأنكره المولى ابن كمال (قوله ولا يتأتى الخ) وقلب العبارة الزيلعى وهو سبق قلم (قوله ونسب) وفى المنظومة وولاد قال فى الحقائق لم يقل ونســب لانه انما يستحلف فى النسب المجرّد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن فى حق الرجل والاب فى حق المرأة ابن كمال (قوله وولاء) أى بأن ادّعى على معروف الرق انه معتقه أو مولاه (قوله فى الاشياء السبعة) أى السبعة الاولى من التسعة قال الزيلعى وهو قولهما والاوّل قول الامام س قال الرملى ويقضى عليه بالنكول عندهــما (قوله وكذا يستحلف السارق) وكذا يحلف فى النكاح ان ادّعت هى المال أى ان ادّعت المرأة النكاح وغرضها المــال كالمهر والنفقة فأنكر الزوج يحلف فان نكل يلزمه المال ولا يثبت الحل عنده لانّ المال يثبت بالبدل لا الحل وفى النســب اذا ادّعى حقا مالا كان كالارث والنفقة أو غــير مال كحق الحضــانة فى اللقيط والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع فى الهبة فان نكل ثبت الحق ولا يثبت النسب ان كان ممالا يثبت بالاقرار وان كان منه فعلى الخلاف المذكور وكذا منكر العقود الخ ابن كمال وانكار القود سيذكره المصــنف وفى صدر الشريعة فيلغز أيما امرأة تأخذ نفقة غير معتدّة ولا حائضة ولا نفساء ولا يحل وطؤها وفيه ويلغز أى شخص أخذ الارث ولم يثبت نسبه كما لو ادّعى ارثا بسبب اخوّة فأنكرا خوّته والحاصل أنّ هذه الاشياء لا تحلف فيها عند الامام مالم يدّع معها مالا فانه يحلف وفاقا سائحانى (قوله ولم يقطع) اعترض بانه ينبغى أن يصح قطعه عنــد أبى حنيفة لانه بدل كما فى قود الطرف والحاصــل أن النكول فى قطع الطرف والنكول فى السرقة ينبغى أن يتحــدا فى ايجاب القطع وعدمه ويمكن الجواب بأن قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالاموال بخلاف القطع فى السرقة فانه خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهة فظهر الفرق فليتأمل بعقوبة (قوله فى التعزير) لانه محض حق العبد ولهذا يملك العبد اسقاطه بالعفو س (قوله فحيلة دفع يمينها) أى دفع اليمين عنها كذا فى الهامش (قوله أن تتزوّج) أى بآخر كذا فى الهامش (قوله فى احــدى وثلاثين مسألة) تقدّمت فى الوقف س وذكرها فى البحر هنا وذكر فى الهامش عن الامام الخصاف كان الامام الثانى وغــيره رحمهم الله تعالى من أصحابنا يقولون يحلف فى كل سبب لو أقرّ المدّعى عليه لزمه كما لو ادّعى انه أبوه أو ابنه أو زوجته أو مولاه ولو ادّعى انه أخوه أو عمــه أو نحوه لا يحلف الا أن يدّعى حقا فى ذمّته كالارث بجهة فحينئذ يحلف وان نكل يقضى بالمال ان ثبت المال ودعوى الوصــية بثلث المال كدعوى الارث عــلى ماذكرنا الا فى فصــل واحد وهو أنّ الوارث لو نكل عن اليمين عن موت مورّثه ودفع ثلث ما فى يده من ماله الى ثلث مدّعى الوصــية بالثلث ثم جاء المورّث حيا لايضمن الوارث الناكل له شيأ من البزازية من كتاب أدب القاضى فى اليمين (قوله لا الحلف) يخالفه ما يأتى عن شرح الوهبانية من أنّ الاخرس الاصم الاعمى يحلف وليــه

ويظهر كذبه باقامتها) أى البينة (لو ادّعاه) أى المال (بلا سبب فحلف) اى المدّعى عليه ثم أقامها حتى يحنث فى يمينه وعليه الفتوى طلاق الخانية خلافا لاطلاق الدرر (وان) ادّعاه (بسبب فحلف) انه لا دين عليه (ثم أقامها) المدّعى على السبب (لا) يظهر كذبه لجوازانه وجد القرض ثم وجد الابراء أو الايفاء وعليه الفتوى فصولين وسراج وشمنى وغيرهم (ولا تحليف فى نكاح) أنكره هو أو هى (ورجعة) جحدها هو أو هى بعد عدّة (وفىء ايلاء) أنكره أحدهما بعد المدّة (واستيلاد) تدّعيه الامة ولا يتأتى عكسه لثبوته باقراره (ورق ونسب) بأن ادّعى على مجهول انه قنه أو ابنه وبالعكس (وولاء) عتاقة أو موالاة ادّعاه الاعلى أو الاسفل (وحدّ ولعان والفتوى على انه يحلف) المنكر (فى الاشياء السبعة) ومن عدّها ستة ألحق أمومية الولد بالنسب أو الرق والحاصل أنّ المفتى به التحليف فى الكل الا فى الحدود ومنها حدّ قذف ولعان فلا يمين اجماعا الا اذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بزنى نفسه فللعبد تحليفه فان نكل ثبت العتق لا الزنى (و) كذا (يستحلف السارق) لاجل المال (فان نكل ضمن ولم يقطع) وان أقرّ بها قطع وقالوا يستحلف فى التعزير كما بسطه فى الدرر وفى الفصول ادّعى نكاحها فحيلة دفع يمينها أن تتزوّج فلا تحلف وفى الخانية لا استحلاف فى احدى وثلاثين مسألة (النيابة تجرى فى الاستحلاف لا الحلف)

وفرّع على الاوّل بقوله (فالوكيل والوصيّ والمتولى وأبو الصغير يملك الاستحلاف) فله طلب يمين خصمه (ولا يحلف) أحد منهم (الا اذا) ادّعى عليه العقد أو (صح اقراره) على الاصيل فيستحلف حينئذ كالوكيل بالبيع فان اقراره صحيح على الموكل فكذا نكوله وفى الخلاصة كل موضع لو أقرّ لزمه فاذا أنكره يستحلف الا فى ثلاث ذكرها والصواب فى أربع وثلاثين لما مرّ عن الخانية وزاد ستة أخرى فى البحر وزاد أربعة عشر فى تنوير البصائر حاشية الاشباه والنظائر لابن المصنف ٤٣٦ ولولا خشية التطويل لاوردتها كلها (التحليف على فعل نفسه يكون على البتات) اى القطع بأنه ليس كذلك (و) التحليف (على فعل غيره) يكون (على العلم) أى انه لا يعلم انه كذلك لعدم علمه بما فعل غيره ظاهرا اللهم (الا اذا كان) فعل الغير (شيأ يتصل به) أى بالحالف وفرّع عليه بقوله (فان ادّعى) مشترى العبد (سرقة العبد أو اباقه) وأثبت ذلك (يحلف) البائع (على البتات) مع انه فعل الغير وانما صح باعتبار وجوب تسليمه سليما فرجع الى فعل نفسه فحلف على البتات لانها آكد ولذا اعتبر مطلقا بخلاف العكس درر عن الزيلعى وفى شرح المجمع عنه هذا اذا قال المنكر لا علم لى بذلك ولو ادّعى العلم حلف على البتات كمودع ادّعى قبض ربها وفرّع على قوله وفعل غيره على العلم بقوله (واذا ادّعى) بكر (سبق الشراء) له على شراء زيد ولا بينة (يحلف خصمه) وهو بكر (على العلم) أى انه لا يعلم انه اشتراه قبله لما مرّ (كذا اذا ادّعى دينا أو عينا على وارث اذا علم القاضى كونه ميراثا أو أقرّ به المدّعى أو برهن الخصم عليه) فيحلف على العلم (ولو ادّعاهما) أى الدين والعين (الوارث) على غيره (يحلف) المدّعى عليه (على البتات) كموهوب وشراء درر (و) يحلف (جاحد القود) اجماعا (فان نكل فان كان فى النفس حبس حتى يقرّ أو يحلف وفيما دونه يقتص)

(قوله ولا يحلف الخ) الاولى أن يقول وفرّع على الثانى بقوله ولا يحلف الخ (قوله على الاصيل) أى الوكيل فقط كذا فى الهامش (قوله فيستحلف الخ) بقى هل يستحلف على العلم أو على البتات ذكر فى الفصل السادس والعشرين من نور العين أنّ الوصىّ اذا باع شيأ من التركة فادّعى المشترى انه معيب فانه يحلف على البتات بخلاف الوكيل فانه يحلف على عدم العلم اهـ فتأمله كذا بخط بعض الفضلاء (قوله والصواب فى أربع وثلاثين) أى بضم الثلاثة الى ما فى الخانية لكن الاولى منها مذكورة فى الخانية (قوله لابن المصنف) وهو الشيخ شرف الدين عبد القادر وهو صاحب تنوير البصائر وأخوه الشيخ صالح صاحب الزواهر كذا يفهم من كتاب الوقف (قوله سرقة العبد الخ) يعنى أن مشترى العبد اذا ادّعى انه سارق او آبق وأثبت اباقه أو سرقته فى يد نفسه وادّعى انه أبق أو سرق فى يد البائع وأراد التحليف يحلف البائع بالله ما أبق بالله ماسرق فى يدك وهذا تحليف على فعل الغير درر كذا فى الهامش (قوله أو اباقه) ليس المراد بالاباق الذى يدّعيه المشترى الاباق الكائن عنده اذ لو أقرّ به البائع لا يلزمه شئ لانّ الاباق من العيوب التى لا بدّ فيها من المعاودة بأن يثبت وجوده عند البائع ثم عند المشترى كلاهما فى صغره أو كبره على ما سبق فى محله أبو السعود وفى الحواشى السعدية قوله يحلف على البتات بالله ما أبق أقول الظاهر أنه يحلف على الحاصل بالله ما عليك الردّ فان فى الحلف على السبب يتضرّر البائع أو قد يبرأ المشترى عن العيب اهـ (قوله على البتات) كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات كفى وسقطت عنه وعلى عكسه لا ولا يقضى بنكوله على ماليس واجبا عليه بحر (قوله لانها آكد) أى لانّ يمين البتات آكد من يمين العلم اهـ ح (قوله ولذا اعتبر مطلقا) اى ولكون يمين البتات آكد من يمين العلم تعتبر فى فعل نفسه وفى فعل غيره ح كذا فى الهامش (قوله مطلقا) أى فعل نفسه وفعل غيره (قوله بخلاف العكس) يعنى أنّ يمين العلم لا تكفى فى فعل نفسه ح كذا فى الهامش (قوله عن الزيلعىّ) قال الزيلعىّ فى كل موضع يجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه لا يسقط اليمين عنه وفى كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل لانّ الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس اهـ وفى جامع الفصولين قبل هذا الفرع مشكل قال الرملىّ وجه اشكاله انه كيف يقضى عليه مع انه غير مكلف الى البت ويزول الاشكال بأنه مسقط لليمين الواجبة عليه فاعتبر فيكون قضاء بعد نكول عن يمين مسقط للحلف عنه بخلاف عكسه ولهذا يحلف ثانيا لعدم سقوط الحلف عنه بها فنكوله عنه لعدم اعتباره والاحتراز به فلا يقضى عليه بسببه تأمل اهـ واستشكل فى السعدية الفرعين ولم يجب عن الثانى وأجاب عن الاول بانه يجوز أن يكون نكوله لعله بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار اهـ وهو بمعنى ماذكره الرملىّ (قوله وهو بكر) تفسير للضمير والاولى أن يقول أى خصم بكر وهو زيد أقول تبع الشارح فى هذا المصنف وصاحب الدرر وقال بعض مشايخنا صوابه زيد لانه هو المنكر واليمين عليه ويمكن أن يقال ان يحلف بالبناء للفاعل لا للمفعول ومعناه أن يطلب من القاضى تحليفه لانّ ولاية التحليف له فيكون قوله وهو بكر تفسيرا للضمير فى خصمه لكن فيه ركاكة س وقال فى الهامش قوله وهو بكر راجع الى المضاف اليه لا للمضاف ولو قال وهو زيد لكان أولى ح (قوله اذا علم القاضى) ينبغى أن يخصص التقييد بذلك بصورة العين كما يظهر من العمادية فان جريان ذلك فى الدين مشكل عزمىّ وذكر فى البحر تفصيلا فى دعوى الدين فراجعه فانه مهمّ (قوله كونه ميراثا) أى كون المورّث مات وتركه (قوله أو برهن الخصم) وهو المدّعى عليه (قوله فيحلف) أى الوارث (قوله على العلم) اى والا بأن لم يعلم القاضى حقيقة الحال ولا اقرار المدّعى بذلك ولا أقام المدّعى عليه بينة يحلف على البتات بالله ما عليك تسليم هذا العين الى المدّعى عمادية عزمىّ (قوله كموهوب) يعنى لو وهب رجل لرجل عبدا فقبضه أو اشترى رجل من رجل عبدا فجاء

رجل

لانّ الاطراف خلقت وقاية للنفس كالمال فيجرى فيها الابتذال خلافا لهما (قال المدّعى لى بينة حاضرة) فى المصر خلافا لهما ولو حاضرة فى مجلس الحكم لم يحلف اتفاقا ولو غائبة عن المصر حلف اتفاقا ابن ملك وقدّر فى المجتبى الغيبة بمدّة السفر (وطلب يمين خصمه لم يحلف) فى مسألة المتن فيما لا يسقط بشبهة (ويأخذ القاضى) (كفيلا ثقة) يؤمن هروبه بحر فليحفظ (من خصمه) ولو وجيها والمال حقيرا فى ظاهر المذهب عينى (بنفسه ثلاثة أيام) فى الصحيح وعن الثانى الى مجلسه الثانى وصحح (فان امتنع من) اعطاء (ذلك) الكفيل (لازمه) بنفسه او امينه مقدار مدّة (التكفيل) لئلا يغيب (الا أن يكون) الخصم (غريبا) اى مسافرا (ف) يلازم او يكفل ٤٢٧ (الى انتهاء مجلس القاضى) دفعا للضرر حتى لو علم وقت سفره يكفله اليه وينظر فى زيه او يستخبر رفقاءه لو أنكر المدّعى بزازية (قال لا بينة لى وطلب يمينه فحلفه القاضى ثم برهن) على دعواه بعد اليمين (قبل ذلك) البرهان عند الامام (منه) وكذا لو قال المدّعى كل بينة اتى بها فهى شهود زور أو قال اذا حلفت فأنت برىء من المال فحلف ثم برهن على الحق قبل خانية وبه جزم فى السراج كما مرّ (وقيل لا) يقبل قائله محمد كما فى العمادية وعكسه ابن ملك وكذا الخلاف لو قال لا دفع لى ثم أتى بدفع او قال الشاهد لا شهادة لى ثم شهد والاصح القبول لجواز النسيان ثم التذكر كما فى الدرر وأقرّه المصنف (ادّعى المديون الايصال فانكر المدّعى) ذلك (ولا بينة له) على مدّعاه (فطلب يمينه فقال المدّعى اجعل حقى فى الختم ثم استحلفنى له ذلك) قنية (واليمين بالله تعالى) لحديث من كان حالفا فليحلف بالله تعالى او ليذر وهو قول والله خزانة وظاهره أنه لو حلفه بغيره لم يكن يمينا ولم أره صريحا بحر (لا بطلاق وعتاق) وان الح الخصم وعليه الفتوى تتارخانية لان التحليف بهما حرام خانية

رجل وزعم أنّ العبد عبده ولا بينة له فأراد استحلاف المدّعى عليه يحلف على البتات ح (قوله خلافا لهما) فعندهما يلزمه الارش فيهما لانّ النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص منح (قوله حاضرة فى المصر) اطلق حضورها فشمل حضورها فى المصر بصفة المرض وظاهر ما فى خزانة المفتين خلافه فانه قال الاستحلاف يجرى فى الدعاوى الصحيحة اذا أنكر المدّعى عليه ويقول المدّعى لا شهود لى أو شهودى غيب أو فى المصر اه بحر (قوله ويأخذ القاضى) أى بطلب المدّعى كما فى الخانية وفى الصغرى هذا اذا كان المدّعى عالما بذلك أما اذا كان جاهلا فالقاضى يطلب رواه ابن سماعة عن محمد اه بحر (قوله فى مسألة المتن) قيد بها لانه لو قال لا بينة لى أو شهودى غيب لا يكفل لعدم الفائدة كذا فى الهداية (قوله يؤمن هروبه) بان يكون له دار معروفة وحانوت معروف لا يسكن فى بيت بكراء ويتركه ويهرب منه منح وهذا شئ يحفظ جدّا بحر عن الصغرى قال وينبغى أن يكون الفقيه ثقة بوظائفه فى الاوقاف وان لم يكن له ملك فى دار أو حانوت لانه لا يتركها ويهرب اه وفى البحر أيضا عن كفالة الصغرى القاضى أو رسوله اذا أخذ كفيلا من المدّعى عليه بنفسه بأمر المدّعى أو لا بأمره فان لم يضف الكفالة الى المدّعى بأن قال أعط كفيلا بنفسك ولم يقل للطالب ترجع الحقوق الى القاضى أو رسوله حتى لو سلم اليه الكفيل يبرأ ولو سلم الى المدّعى فلا وان أضاف الى المدّعى كان الجواب على العكس اه وفيه عنها طلب المدّعى من القاضى وضع المنقول عند عدل ولم يكتف بكفيل النفس فان كان المدّعى عليه عدلا لا يجيبه القاضى ولو فاسقا يجيبه وفى العقار لا يجيبه الا فى الشجر الذى عليه الثمر لانّ الثمر نقلى اه قال فى البحر وظاهره أنّ الشجر من العقار وقدّمنا خلافه وفى أبى السعود عن الحموى عن المقدسى التصريح بأنه من العقار (قوله فى الصحيح) فى البحر عن القنية ادّعى القاتل أنّ له بينة حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيام فان مضت ولم يأت بالبينة وقال لى بينة غائبة يقضى بالقصاص قياسا كالاموال وفى الاستحسان يؤجل استعظاما لامر الدم اه وفى البحر أيضا عن قضاء الصغرى ان فائدة الكفالة بالثلاث او نحوها الابراء للكفيل بعدها فان الكفيل الى شهر لا يبرأ بعده لكن التكفيل الى شهر للتوسعة على الكفيل فلا يطالب الا بعد مضيه لكن لو عجل لا يصح وهنا للتوسعة على المدّعى فلا يبرأ الكفيل بالتسليم للحال اذ قد يعجز المدّعى عن البينة واذا أحضرها يعجز عن اقامتها وانما يسلم الى المدّعى بعد وجود ذلك الوقت حتى لو أحضر البينة قبل الوقت يطالب الكفيل (قوله الى مجلسه) اى القاضى (قوله لازمه) اى دار معه حيث دار فلا يلازمه فى مكان معين وفى الصغرى ولا يلازمه فى المسجد لانه بنى للذكر به يفتى ثم قال ويبعث معه أمينا يدور معه ورأيت فى زيادات بعض المشايخ أن للمطلوب أن لا يرضى بالامين عنده خلافا لهما بناء على التوكيل بلا رضى الخصم بحر ملخصا وتمامه فيه (قوله اى مسافرا) تفسير مراد (قوله حتى لو علم) بأن قال أخرج غدا مثلا (قوله يكفله) اى الى وقت سفره بحر (قوله كما مرّ) اى عند قول المصنف اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض الخ لكن هناك اليمين من المدّعى وكما مرّ عند قوله وتقبل البينة لو أقامها بعد يمين (قوله فانكر المدّعى) اى مدّعى الدين (قوله ولا بينة له) اى لمدّعى الايصال (قوله فطلب يمينه) اى يمين الدائن (قوله فقال المدّعى) اى مدّعى الدين (قوله اجعل حقى فى الختم) اى الصك ومعناه اكتب لى الصك بالبينة ثم استحلفنى سدنى او المراد احضار نفس الحق فى شئ مختوم وهو الاظهر وفى حاشية الفتال عن الفتاوى الانقروية يعنى أحضر حقى ثم استحلفنى ومثله بخط السائحانى ومثله فى الحامدية (قوله أنه لو حلفه بغيره) كالرحمن والرحيم بحر (قوله ولم أره صريحا) فيه أن قولهم فى التغليظ ويجتنب العطف كيلا تتكرر اليمين كما يأتى وصاحب البحر نفسه صرح به وقولهم فى كتاب الايمان والقسم بالله تعالى او باسم من اسمائه كالرحمن والرحيم والحق او بصفة يحلف بها من صفاته تعالى كعزة الله وجلال الله وكبريائه وعظمته وقدرته يدل على كونه يمينا اه شيخنا والعجب من

(وقيل ان مست الضرورة فوّض الى القاضى) اتباعا للبعض (فلو حلفه) القاضى (به فنكل فقضى عليه) بالمال (لم ينفذ) قضاؤه (على) قول (الاكثر) كذا فى خزانة المفتين وظاهره انه مفرّع على قول الاكثر أما على القول بالتحليف بهما فيعتبر نكوله ويقضى به والا فلا فائدة بحر واعتمده المصنف قلت ولو حلف بالطلاق انه لا مال عليه ثم برهن المدعى على المال ان شهدوا على السبب كالاقراض لا يفرق وان شهدوا على قيام الدين يفرق لان السبب لا يستلزم قيام الدين وقال محمد فى الشهادة على قيام المال لا يحنث لاحتمال صدقه خلافا لابى يوسف كذا فى شرح الوهبانية للشرنبلالى وقد تقدم (ويغلظ بذكر أوصافه تعالى) ٤٢٨ وقيده بعضهم بفاسق ومال خطير (والاختيار) فيه و (فى صفته الى القاضى) ويجتنب العطف كيلا تتكرر اليمين (فلو حلف بالله ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه به) اى بالنكول لان المقصود الحلف بالله وقد حصل زيلعى (لا) يستحب التغليظ على المسلم (بزمان و) لا بـ(مكان) كذا فى الحاوى فظاهره انه مباح (ويستحلف اليهودى بالله الذى انزل التوراة على موسى والنصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى والمجوسى بالله الذى خلق النار) فيغلظ على كل بمعتقده فلو اكتفى بالله كالمسلم كفى اختيار (والوثنى بالله تعالى) لانه يقرّ به وان عبد غيره وجزم ابن الكمال بأن الدهرية لا يعتقدونه تعالى قلت وعليه فبماذا يحلفون وبقى تحليف الاخرس أن يقول له القاضى عليك عهد الله وميثاقه ان كان كذا وكذا فاذا أومأ برأسه اى نعم صار حالفا ولو أصم أيضا كتب له ليجيب بخطه ان عرفه والا فباشارته ولو اعمى أيضا فأبوه او وصيه أو من نصبه القاضى شرح وهبانية (ولا يحلفون فى بيوت عباداتهم) لكراهة دخولها بحر (ويحلف القاضى) فى دعوى سبب يرتفع (على الحاصل) اى على صورة انكار المنكر وفسره بقوله (اى بالله ما بينكما نكاح قائم و) ما بينكما (بيع قائم وما يجب عليك رده)

صاحب المنح حيث نقله وأقره عليه وكذا الشارح ثم رأيت مثل ما قدمته منقولا عن المقدسى وكتبته فى هامش البحر (قوله والا فلا فائدة) تظهر فائدته فيما اذا كان جاهلا بعدم اعتبار نكوله فاذا طلب حلفه به ربما يمتنع ويقرّ بالمدعى درر البحار (قوله واعتمده المصنف) لكن عبارة ابن الكمال فان ألح الخصم قيل صح بهما فى زماننا لكن لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ انتهت ومثله فى الزيلعى وشرح درر البحار وظاهره أن القائل بالتحليف بهما يقول انه غير مشروع ولكن يعرض عليه لعله يمتنع فان من له أدنى ديانة لا يحلف بهما كاذبا فانه يؤدى الى طلاق الزوجة وعتق الامة أو امساكهما بالحرام بخلاف اليمين بالله تعالى فانه يتساهل به فى زماننا كثيرا تأمل وقوله لانه امتنع عما هو منهى عنه شرعا أقول فكيف يجوز للقاضى تكليفه الاتيان بما هو منهى شرعا ولعل ذلك البعض يقول النهى عنه تنزيهى سعدية (قوله وقد تقدم) اى قبيل قوله ولا تحليف فى طلاق ورجعة الخ (قوله ويغلظ الخ) اى يؤكد اليمين بذكر أوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه ولا شئ منه لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويحتال عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك زيلعى (قوله زيلعى) عبارته ولو أمره بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها اه (قوله وظاهره أنه مباح) فى البحر عن المحيط لا يجوز التغليظ بالمكان (قوله فيغلظ على كل الخ) قال فى البحر فان قلت اذا حلف الكافر بالله فقط ونكل عما ذكر هل يكتفيه ام لا قلت لم أره صريحا وظاهر قولهم انه يغلظ به أنه ليس بشرط وأنه من باب التغليظ فيكتفى بالله ولا يقضى عليه بالنكول عن الوصف المذكور اه (قوله صار حالفا) ولا يقول بالله انه كان كذا الا انه اذا قال نعم يكون اقرارا لا يمينا كما فى الشرنبلالية س (قوله اووصيه اومن نصبه القاضى) وهذا مستثنى من قولهم الحلف لا يجرى فيه النيابة ابو السعود (قوله ويحلف القاضى الخ) قال فى نور العين النوع الثالث فى مواضع التحليف على الحاصل والتحليف على السبب جخ ثم المسألة على وجوه اما أن يدعى المدعى دينا وملكا فى عين اوحقا فى عين وكل منها على وجهين اما أن يدعيه مطلقا او بناء على سبب فلو ادعى دينا ولم يذكر سببه يحلف على الحاصل ماله قبلك ما ادعاه ولا شئ منه وكذا لو ادعى ملكا فى عين حاضر أو حقا فى عين حاضر ادعاه مطلقا ولم يذكر له سببا يحلف على الحاصل ما هذا لفلان ولا شئ منه ولو ادعاه بناء على سبب بأن ادعى دينا بسبب قرض او شراء او ادعى ملكا بسبب بيع او هبة او ادعى غصبا او وديعة او عارية يحلف على الحاصل فى ظاهر الرواية لا على السبب بالله ما استقرضت ما غصبت ما أودعك ما شريت منه كافى وعن أبى يوسف يحلف على السبب فى هذه الصور المذكورة الا عند تعريض المدعى عليه نحو أن يقول أيها القاضى قد يبيع الانسان شيأ ثم يقيل فحينئذ يحلف القاضى على الحاصل منح وذكر شمس الائمة الحلوانى رواية اخرى عن ابى يوسف ان المدعى عليه لو أنكر السبب يحلف على السبب ولو قال ما على ما يدعيه يحلف على الحاصل قاضى خان وهذا أحسن الاقاويل عندى وعليه اكثر القضاة يقول الحقير وكذا فى مختارات النوازل لصاحب الهداية اه (قوله ما بينكما نكاح قائم) ادخال النكاح فى المسائل التى يحلف فيها على الحاصل عندهما غفلة من صاحب الهداية والشارحين لان أبا حنيفة لا يقول بالتحليف فى النكاح الا أن يقال ان الامام فرّع على قولهما لا على قوله كتفريعه فى المزارعة على قولهما بحر ونقل عن المقدسى أنه محمول على ما اذا كان مع النكاح دعوى المال (قوله بيع قائم) هذا والحق ما فى الخزانة من التفصيل قال المشترى اذا ادعى الشراء فان ذكر نقد الثمن فالمدعى عليه يحلف بالله ما هذا العبد ملك المدعى ولا شئ منه بالسبب الذى ادعى ولا يحلف بالله ما بعته وان لم يذكر المشترى نقد الثمن يقال له أحضر الثمن فاذا

احضره

لوقائما او بدله لو هالكا (وماهي بائن منك) وقوله (الآن) متعلق بالجميع مسكين (في دعوى نكاح وبيع وغصب وطلاق) فيه لف ونشر لاعلى السبب اى بالله ما نكحت وما بعت خلافا للثاني نظرا للمدعى عليه أيضا لاحتمال طلاقه واقالته (الا اذا لزم) من الحلف على الحاصل (ترك النظر للمدعى فيحلف) بالاجماع (على السبب) اى على صورة دعوى المدعى (كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة والخصم لا يراهما) لكونه شافعيا لصدق حلفه على الحاصل في معتقده فيتضرر المدعى قلت ومفاده انه لا اعتبار ٤٢٩ بمذهب المدعى عليه وأما مذهب المدعى ففيه خلاف والاوجه أن يسأله القاضي هل تعتقد وجوب شفعة الجوار أولا واعتمده المصنف (وكذا) اى يحلف على السبب اجماعا (في سبب لا يرتفع) برافع بعد ثبوته (كعبد مسلم يدعى) على مولاه (عتقه) لعدم تكرر رقه (و) أما (في الامة) ولو مسلمة (والعبد الكافر) فلتكرر رقهما باللحاق حلف مولاهما (على الحاصل) والحاصل اعتبار الحاصل الالضرر مدع وسبب غير متكرر (وصح فداء اليمين والصلح منه) لحديث ذبوا عن أعراضكم بأموالكم وقال الشهيد الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب قال في البحر اى ثابت بدليل جواز الحلف صادقا (ولا يحلف) المنكر (بعده) أبدا لانه اسقط حقه (و) قيد بالفداء والصلح لان المدعى (لو اسقطه) اى اليمين (قصدا بأن قال برئت من الحلف او تركته عليه اووهبته لا يصح وله التحليف) بخلاف البراءة عن المال لان التحليف للحاكم بزازية وكذا اذا اشترى يمينه لم يجز لعدم ركن البيع درر (فرع) استحلف خصمه فقال حلفتني مرة ان عند حاكم او محكم وبرهن قبل والا فله تحليفه درر قلت ولم أر ما لو قال اني قد حلفت بالطلاق اني لا احلف

احضره استحلفه بالله ما يملك قبض هذا الثمن وتسليم هذا العبد من الوجه الذي ادعى وان شاء حلفه بالله ما بينك وبين هذا اشراء قائم الساعة والحاصل أن دعوى الشراء مع نقد الثمن دعوى المبيع ملكا مطلقا وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة الثمن معنى وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة المبيع فيحلف على ذلك الثمن اه بحر (قوله لو قائما الخ) زاده لما في البحر وفي قول المؤلف وما يجب عليك رده قصور والصواب ما في الخلاصة وما يجب عليك رده ولا مثله ولا بدله ولا شئ من ذلك اه وكذا في قوله وما هي بائن منك الآن لانه خاص بالبائن وأما الرجعي فيحلف بالله ما هي طالق في النكاح الذي بينكما وأما اذا كانت الدعوى بالطلاق الثلاث فقال الاسبيجابي يحلف بالله ما طلقتها ثلاثا في النكاح الذي بينكما اه وقد ذكر في البحر هنا جملة مما يحلف فيه على الحاصل فراجعه وقال بعدها ثم اعلم انه تكرر منهم في بعض صور التحليف تكرار لا في لفظ اليمين خصوصا في تحليف مدعى دين على الميت فانها تصل الى خمسة وفي الاستحقاق الى اربعة مع قولهم في كتاب الايمان ان اليمين تتكرر بتكرار حرف العطف مع قوله لا كقوله لا آكل طعاما ولا شرابا ومع قولهم هنا في تغليظ اليمين يجب الاحتراز عن العطف لان الواجب يمين واحدة فاذا عطف صارت أيمانا ولم أر عنه جوابا بل ولا من تعرض له اه قال الرملي أقول اذا تأمل المتأمل وجد التكرار لتكرار المدعى فليتأمل اه يعني أن المدعى وان ادعى شيأ واحدا في اللفظ لكنه مدع لاشياء متعددة ضمنا فيحلف الخصم عليها احتياطا (قوله نظرا للمدعى عليه) تعليل لقوله لا على السبب (قوله لكونه شافعيا) لان الشافعي يحلف على الحاصل معتقدا مذهبه انها لا تستحق نفقة ولا شفعة فيضيع النفع فاذا حلف انه ما أبانها واشترى ظهر النفع ورعاية جانب المدعى اولى لان السبب اذا ثبت ثبت الحق واحتمال سقوطه بعارض متوهم والاصل عدمه حتى يقوم الدليل على العارض اه (قوله ففيه خلاف) قيل لا اعتبار به وانما الاعتبار لمذهب القاضي (قوله والاوجه أن يسأله) اى يسأل المدعى (قوله واعتمده المصنف) اى تبعا للبحر وانظر هل يجري ذلك في قضاة زماننا المأمورين بالحكم بمذهب أبي حنيفة (قوله والصلح منه) اى على شئ معلوم والفرق أن الثاني بأقل من المدعى وأما الاول فقد يكون بمثله كما في القهستاني ح (قوله ولا يحلف) ضبطها المؤلف رحمه الله بتشديد اللام (قوله لانه اسقط حقه) اى حقه في الخصومة والذي في البحر لانه اسقط خصومته بأخذ المال منه مدني (قوله وبرهن قبل) في البحر عن البزازية ولو قال المدعى عليه حين أراد القاضي تحليفه انه حلفني على هذا المال عند قاض آخر أو أبرأني عنه ان برهن قبل واندفع عنه الدعوى والا قال الامام البزدوي انقلب المدعى مدعى عليه فان نكل اندفع الدعوى وان حلف لزم المال لان دعوى الابراء عن المال اقرار بوجوب المال عليه بخلاف دعوى الابراء عن دعوى المال اه وظاهر هذا أن قول الشارح والا فله تحليفه أي والا يبرهن فله تحليفه اى تحليف المدعى الاول تأمل وعبارة الدرر ولو لم يكن له بينة واستحلفه اى أراد تحليف المدعى جاز (قوله والا فله تحليفه) اى تحليف المدعى قال في نور العين أراد تحليفه فبرهن أن المدعى حلفني على هذه الدعوى عند قاضي كذا يقبل ولو لا بينة له فله تحليف المدعى لانه يدعى بقاء حقه في اليمين ولو ادعى أن المدعى أبرأني عن هذه الدعوى ليس له تحليفه ان لم يبرهن اذ المدعى بدعواه استحق الجواب على المدعى عليه والجواب اما اقرار أو انكار وقوله ابرأني الخ ليس باقرار ولا انكار فلا يسمع ويقال له أجب خصمك ثم ادع ما شئت وهذا بخلاف ما لو قال أبرأني عن هذا الالف فانه يحلف اذ دعوى البراءة عن المال اقرار بوجوبه والاقرار جواب ودعوى الابراء مسقط فيترتب عليه اليمين ومنهم من قال الصواب أن يحلف على دعوى البراءة كما يحلف على دعوى التحليف واليه مال مع وعليه اكثر قضاة زماننا اه وعبارة الدرر ولو لم يكن له بينة واستحلفه اى أراد تحليف المدعى جاز انتهت وبه علم ما في عبارة الشارح من الايهام فتنبه (قوله ولم ار الخ) وجدت في هامش نسخة شيخنا بخط بعض العلماء ما نصها قد رأيتها في أواخر القضاء قبيل كتاب الشهادة من فتاوى الكرنبشي

فيحرر * (باب التحالف) لما قدم يمين الواحد ذكر يمين الاثنين (اختلفا) اى المتبايعان (فى قدر ثمن) اووصفه اوجنسه (او) فى قدر (مبيع حكم لمن برهن) لانه نور دعواه بالحجة ٤٣٠ (وان برهنا فلمثبت الزيادة) اذ البينات للاثبات (وان اختلفا فيهما) اى الثمن والمبيع جميعا (قدم برهان البائع لو) الاختلاف (فى الثمن وبرهان المشترى لو فى المبيع) نظرا الاثبات الزيادة (وان عجزا) فى الصور الثلاث عن البينة فان رضى كل بمقالة الآخر فبها (و) ان (لم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا) مالم يكن فيه خيار فيفسخ من له الخيار (وبدئ بـ) يمين (المشترى) لانه البادئ بالانكار وهذا (لو) كان (بيع عين بدين والا) بأن كان مقايضة اوصرفا (فهو مخير) وقيل يقرع ابن ملك ويقتصر على النفى فى الاصح (وفسخ القاضى البيع بطلب أحدهما) اوبطلبهما ولا ينفسخ بالتحالف ولا بفسخ أحدهما بل بفسخهما بحر (ومن نكل) منهما (لزمه دعوى الآخر) بالقضاء وأصله قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وهذا كله لو الاختلاف فى البدل مقصودا فلو فى ضمن شئ كاختلافهما فى الزق فالقول للمشترى فى انه الزق ولا تحالف كما لو اختلفا فى وصف المبيع كقوله اشتريته على انه كاتب أوخباز وقال البائع لم اشترط فالقول للبائع ولا تحالف ظهيرية (و) قيد باختلافهما فى ثمن ومبيع لانه (لا تحالف فى) غيرهما لانه لا يختل به قوام العقد نحو (أجل

معزيا الاول قضا • جواهر الفتاوى وعبارته رجل ادّعى على آخر دعوى وتوجهت عليه اليمين فلما عرض القاضى اليمين عليه قال انى حلفت بالطلاق انى لا احلف أبدا والآن لا احلف حتى لا يقع علىّ الطلاق فان القاضى يعرض عليه اليمين ثلاثا ثم يحكم بالنكول ولا يسقط عنه اليمين بهذا اليمين اهـ (قوله فيحرر) أقول سبق عن العناية أن القاضى لا يجد بدّا من الحاق الضرر بأحدهما فى الاستحلاف على الحاصل أوعلى السبب فمراعاة جانب المدّعى اولى فعلى هذا لا يعذر بدعواه الحلف بالطلاق ويقضى عليه بالنكول على أن ذلك يكون بالاولى لانه هو الذى ألحق الضرر بنفسه باقدامه على الحلف بالطلاق اهـ ابو السعود أقول وأيضا لو كان ذلك حجة صحيحة لتحيل به كل من توجه عليه يمين فيلزم منه ضياع حق المدّعى ومخالفة نص الحديث واليمين على من انكر فتدبر

* (باب التحالف) *

(قوله اووصفه) كالبخارى والبغدادى (قوله اوجنسه) كدراهم اودنانير (قوله اوفى قدر مبيع) فلو فى وصفه فلا تحالف والقول للبائع كما سيذكره الشارح (قوله لو الاختلاف فى الثمن) أقول فى زيادة لو هنا فى الموضعين خلل وعبارة الهداية ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع فى الثمن اولى وبينة المشترى فى المبيع اولى نظرا الى زيادة الاثبات قاله شيخ والدى المفتى محمد تاج الدين المدنى (قوله فان رضى الخ) هذه العبارة لا تشمل الا صورة الاختلاف فيهما فالاولى أن يقول كما قال غيره فان تراضيا على شئ اى بأن رضى البائع بالثمن الذى ادّعاه المشترى اورضى المشترى بالبيع الذى ادّعاه البائع عند الاختلاف فى احدهما اورضى كل بقول الآخر عند الاختلاف فيهما وقال الحلبى العبارة فاسدة والصواب كما قال غيره فان تراضيا على شئ (قوله فيفسخ من له الخيار) قال فى البحر وأشار بعجزهما الى أن البيع ليس فيه خيار لاحدهما ولهذا قال فى الخلاصة اذا كان للمشترى خيار رؤية وخيار عيب اوخيار شرط لا يتحالفان اهـ والبائع كالمشترى فالمقصود أن من له الخيار متمكن من الفسخ فلا حاجة الى التحالف ولكن ينبغى أن البائع اذا كان يدّعى زيادة الثمن وأنكرها المشترى فان خيار المشترى يمنع التحالف وأما خيار البائع فلا ولو كان المشترى يدّعى زيادة المبيع والبائع ينكرها فان خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ وأما خيار المشترى فلا هذا ما ظهر لى تخريجا لا نقلا اهـ وحاصله أن من له الخيار لا يتمكن من الفسخ دائما فينبغى تخصيص الاطلاق (قوله وبدئ بيمين المشترى) اى فى الصور الثلاث كما فى شرح ابن الكمال وقوله لانه البادئ بالانكار قال السائحانى هذا ظاهر فى التحالف فى الثمن أما فى المبيع مع الاتفاق على الثمن فلا يظهر لانّ البائع هو المنكر فالظاهر البداءة به ويشهد له ماسيأتى انه اذا اختلف المؤجر والمستأجر فى قدر المدة بدئ بيمين المؤجر والى ذلك اومأ القهستانى اهـ وبحث مثل هذا البحث العلامة الرملى (قوله بأن كان مقايضة) اى سلعة بسلعة (قوله اوصرفا) اى ثمنا بثمن (قوله ويقتصر على النفى) بأن يقول البائع والله ما باعه بألف والمشترى والله ما اشتراه بألفين (قوله فى الاصح) وفى الزيادات يحلف البائع والله ما باعه بالف ولقد باعه بألفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف س (قوله بل بفسخهما) ظاهر ما ذكره الشارحون انهما لو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضى وأن فسخ أحدهما لا يكفى وان اكتفى بطلب أحدهما بحر وذكر فائدة عدم فسخه بنفس التحالف انه لو كان المبيع جارية فللمشترى وطؤها كما فى النهاية (قوله والسلعة قائمة) احترازا عما اذا هلكت وسيأتى متنا (قوله كاختلافهما فى الزق) هو الظرف اذا انكر البائع أن هذا زقه وصورته كما فى الزيلعى أن يشترى الرجل من آخر سمنا فى زق وزنه مائة رطل ثم جاء بالزق فارغا ليردّه على صاحبه ووزنه عشرون فقال البائع ليس هذا زقى وقال المشترى هو زقك فالقول قول المشترى سواء سمى لكل رطل ثمنا ولم يسم فجعل هذا اختلافا فى المقبوض وفيه القول قول القابض ان كان فى ضمنه اختلاف فى الثمن ولم يعتبر فى ايجاب التحالف لانّ الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما فى الزق اهـ (قوله نحو أجل) ذكر فى البحر هنا مسألة عجيبة فلتراجع (قوله نحو أجل وشرط) لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض فقد جزموا هنا بان القول لمنكر الخيار كما علمت وذكروا

في خيار

فى خيار الشرط فيه قولين قدمناهما فى بابه والمذهب ماذكروه هنا بحر أطلق الاختلاف فى الاجل فشمل الاختلاف فى اصله وقدره فالقول لمنكر الزائد بخلاف مالو اختلفا فى الاجل فى السلم فانهما يتحالفان كما قدمناه فى بابه وخرج الاختلاف فى مضيه فان القول فيه للمشترى لانه حقه وهو منكر استيفاء حقه كذا فى النهاية بحر وفيه ويستثنى من الاختلاف فى الاجل مالو اختلفا فى اجل السلم بأن ادّعاه أحدهما ونفاه الآخر فان القول فيه لمدّعيه عند الامام لانه فيه شرط وتركه فيه مفسد للعقد واقدامهما عليه يدل على الصحة بخلاف ما نحن فيه لانه لا تعلق له بالصحة والفساد فيه فكان القول لنافيه (قوله وشرط رهن) اى بالثمن من المشترى ط (قوله اوضمان) اى اشتراط كفيل (قوله وقبض بعض ثمن) اوحط البعض او ابراء الكل بحر والتقييد به اتفاقى اذ الاختلاف فى قبض كله كذلك وهو قبول قول البائع وانما لم يذكره باعتبار أنه مفروغ عنه بمنزلة سائر الدعاوى كذا فى النهاية بحر (قوله بيمينه) لانه اختلاف فى غير المعقود عليه وبه فأشبه الاختلاف فى الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن او جنسه فانه بمنزلة الاختلاف فى القول فى جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه بحر (قوله اذا اختلفا) اى فى مقدار الثمن معراج ومثله فى متن المجمع (قوله بعد هلاك المبيع) أفاد أنه فى الاجل وما بعده لا فرق بين كون الاختلاف بعد الهلاك اوقبله (قوله المبيع) اى عند المشترى اذ قبل قبضه ينفسخ العقد بهلاكه معراج (قوله اوتعيبه الخ) فيه انه داخل فى الهلاك لانه منه تأمل ثم ان عبارتهم هكذا أو صار بحال لا يقدر على ردّه بالعيب قال فى الكفاية بأن زاد زيادة متصلة او منفصلة اھ اى زيادة من الذات كسمن وولد وعقر قال فى غرر الافكار ولو لم تنشأ من الذات سواء كانت من حيث السعر أو غيره قبل القبض او بعده يتحالفان اتفاقا ويكون الكسب للمشترى اتفاقا اھ ثم ان الشارح تبع الدرر ولا يخفى أن ما قالوه اولى لما علمت من شموله العيب وغيره تأمل (قوله غير المشترى) فانهما يتحالفان لقيام القيمة مقام العين كما فى البحر س (قوله على قيمة الهالك) ان قيميا ومثله ان مثليا خير الدين س (قوله تحالفا اجماعا) وان اختلفا فى كون البدل دينا او عينا ان ادّعى المشترى انه كان عينا يتحالفان عندهما وان ادّعى البائع انه كان عينا وادّعى المشترى انه كان دينا لا يتحالفان والقول قول المشترى كفاية (قوله لان المبيع كل منهما) اى فكان قائما ببقاء المعقود عليه فيردّه بحر اى يرد القائم (قوله كما لو اختلفا) وبهذا علم أن الاختلاف فى جنس الثمن كالاختلاف فى قدره الا فى مسألة هى ما اذا كان المبيع هالكا بحر (قوله تحالفا) لانهما لم يتفقا على ثمن فلا بدّ من التحالف للفسخ (قوله بعد هلاك بعضه) اى هلاكه بعد القبض كما سيذكره قريبا (قوله عند المشترى) قبل نقد الثمن (قوله بعد قبضهما) فلو قبله يتحالفان فى موتهما وموت أحدهما وفى الزيادة لوجود الانكار من الجانبين كفاية (قوله عند أبى حنيفة) لان التحالف مشروط بعد القبض بقيام السلعة وهى اسم لجميع المبيع فاذا هلك بعضه انعدم الشرط والقول للمشترى مع يمينه عنده لانكاره الزائد غرر الافكار (قوله اصلا) أى لا يأخذ من ثمن قيمة الهالك شيأ أصلا ويجعل الهالك كأن لم يكن وكان العقد على القائم فحينئذ يتحالفان فى ثمنه وبنكول ايهما لزم دعوى الآخر غرر الافكار (قوله يتحالفان) اى على ثمن الحى ح (قوله تخريج الجمهور) من صرف الاستثناء الى التحالف (قوله وصرف مشايخ بلخ الاستثناء الخ) اى المقدر فى الكلام لان المعنى ولا تحالف بعد هلاك بعضه بل اليمين على المشترى الا أن يرضى الخ قال فى غرر الافكار بعد ما قدمناه وقيل الاستثناء ينصرف الى حلف المشترى المفهوم من السياق يعنى يأخذ من ثمن الهالك قدر ما أقربه المشترى اذ البائع اخذ القائم صلحا عن جميع ما ادّعاه على المشترى فلم يبق حاجة الى تحليف المشترى وعن ابى حنيفة انه يأخذ من ثمن الهالك ما أقر به المشترى لا الزيادة فيتحالفان ويترادّان فى القائم اھ (قوله الى يمين المشترى) وحينئذ فالبائع يأخذ الحى صلحا عما يدّعيه قبل المشترى من الزيادة زيلعى (قوله بعد اقالة) قيد بالاختلاف بعدها لانهما لو اختلفا فى قدره وتحالفا كالاختلاف فى جنسه ونوعه وصفته كالاختلاف فى المسلم فيه فى الوجوه الاربعة كما قدمناه بحر (قوله عقد السلم) انما لم يجز التحالف لان موجب رفع الاقالة دعوى السلم مع انه دين والساقط لا يعود سائحانى (قوله للعبد والمسلم اليه) اى مع يمينهما بحر (قوله ولا يعود السلم)

وشرط) رهن اوخيار اوضمان (وقبض بعض ثمن والقول للمنكر) بيمينه وقال زفر والشافعى يتحالفان (ولا) تحالف اذا اختلفا (بعد هلاك المبيع) اوخروجه عن ملكه اوتعيبه بما لا يردّ به (وحلف المشترى) الا اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى وقال محمد والشافعى يتحالفان ويفسخ على قيمة الهالك وهذا لو الثمن دينا فلو مقابضة تحالفا اجماعا لان المبيع كل منهما ويردّ مثل الهالك أو قيمته كما لو اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة بأن قال أحدهما دراهم والآخر دنانير تحالفا ولزم المشترى ردّ القيمة سراج (ولا) تحالف (بعد هلاك بعضه) اوخروجه عن ملكه كعبدين مات أحدهما عند المشترى بعد قبضهما ثم اختلفا فى قدر الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (الا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك) اصلا فحينئذ يتحالفان هذا على تخريج الجمهور وصرف مشايخ بلخ الاستثناء الى يمين المشترى (ولا فى) قدر (بدل كتابة) لعدم لزومها (و) قدر (رأس مال بعد اقالة) عقد (السلم) بل القول للعبد والمسلم اليه ولا يعود السلم (وان اختلفا) أى المتعاقدان (فى مقدار الثمن بعد الاقالة) ولا بينة (تحالفا) وعاد البيع (لو كان كل من المبيع والثمن مقبوضا ولم يردّه المشترى الى بائعه) بحكم الاقالة (فان ردّه اليه بحكم الاقالة

قوله قيد بالاختلاف الى آخر القولة هكذا فى النسخة المجموع منها وليس فى يدى سواها وهى عبارة غير ظاهرة المعنى فلعل لفظة كان ساقطة قبل قوله كالاختلاف فى المسلم فيه وليحرر اھ مصححه

لا) تحالف خلافا لمحمد (وان اختلفا) اى الزوجان (فى) قدر (المهر) اوجنسه (قضى لمن أقام البرهان وان برهنا فللمرأة اذا كان مهر المثل شاهد الزوج) بان كان كقالته اوأقل (وان كان شاهدالها) بأن كان كقالتها أواكثر (فبينته أولى) لاثباتها خلاف الظاهر (وان كان غير شاهد لكل منهما) بأن كان بينهما (فالتهاتر) للاستواء (ويجب مهر المثل) على الصحيح (وان عجزا) عن البرهان (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لتبعية المهر بخلاف البيع (ويبدأ بيمينه) لان أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه ظهيرية (ويحكم) بالتشديد أى يجعل (مهر مثلها) حكما لسقوط اعتبار التسمية بالتحالف (فيقضى بقوله لو كان كقالته أو أقل وبقولها لو كقالتها او اكثر وبه لو بينهما) اى بين ما تدعيه ويدعيه (ولو اختلفا) اى المؤجر والمستاجر (فى) بدل (الاجارة) اوفى قدر المدة (قبل الاستيفاء) للمنفعة (تحالفا) وترادا وبدئ بيمين المستأجر لو اختلفا فى البدل والمؤجر لو فى المدة وان برهنا فالبينة للمؤجر فى البدل وللمستأجر فى المدة (وبعده لا والقول للمستأجر) لانه منكر للزيادة (ولو) اختلفا (بعد) التمكن من (استيفاء البعض) من المنفعة (تحالفا وفسخ العقد فى الباقى والقول فى الماضى للمستأجر) لانعقادها ساعة فساعة فكل جزء كعقد بخلاف البيع (وان اختلف الزوجان) ولو مملوكين أومكاتبين أوصغيرين والصغير مجامع أوذمية مع مسلم قام النكاح أولا فى بيت لهما أولاحدهما خزانة الاكمل لان العبرة لليد لا للملك (فى متاع) هو هنا ما كان فى (البيت) ولو ذهبا أوفضة (فالقول لكل واحد منهما فيما صلح له مع يمينه)

لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود بخلاف البيع كما سيأتى وينبغى أخذا من تعليلهم انهما لو اختلفا فى جنسه اونوعه اوصفته بعدها فالحكم كذلك ولم اره صريحا بحر وفيه وقد علم من تقريرهم هنا أن الاقالة تقبل الاقالة الا فى اقالة السلم وأن الابراء لا يقبلها وقد كتبناه فى الفوائد (قوله لا تحالف) اى والقول للمنكر س (قوله اوجنسه) كقوله هو هذا العبد وقولها هو هذه الجارية فحكم القدر والجنس سواء الا فى فصل واحد وهو أنه اذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية او اكثر فلها قيمة الجارية لا عينها كما فى الظهيرية والهداية بحر وفيه ولم يذكر حكمه بعد الطلاق قبل الدخول وحكمه كما فى الظهيرية أن لها نصف ما ادّعاه الزوج وفى مسألة العبد والجارية لها المتعة الا أن يتراضيا على أن تأخذ نصف الجارية اهـ (قوله البرهان) أما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعى الافين ولا اشكال وانما يرد على قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة فكيف تقبل بينته قلنا هو مدع صورة لانه يدعى على المرأة تسليم نفسها بأداء ما أقربه من المهر وهى تنكر والدعوى كافية لقبول البينة كما فى دعوى المودع ردّ الوديعة معراج (قوله لاثباتها) علة للمسألتين قال فى الهامش اختلفت مع الورثة فى مؤخر صداقها على الزوج ولا بينة فالقول قولها بيمينها الى قدر مهر مثلها حامدية عن البحر (قوله على الصحيح) قيد للتهاتر قال فى البحر فالصحيح التهاتر ويجب مهر المثل (قوله ولم يفسخ النكاح) لان اثر التحالف فى انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مرّ فيفسخ منح وبحر (قوله ويبدأ بيمينه) نقل الرملى عن مهر البحر عن غاية البيان انه يقرع بينهما استحبابا واختار فى الظهيرية وكثيرون انه يبدأ بيمينه والخلاف فى الاولوية (قوله لان اول التسليمين) تسليم المهر وتسليم الزوجة نفسها (قوله ويحكم) هذا اعنى التحالف اولا ثم التحكيم قول الكرخى لان مهر المثل لا اعتبار به مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا تقدم فى الوجوه كلها وأما على تخريج الرازى فالتحكيم قبل التحالف وقد قدمناه فى المهر مع بيان اختلاف التصحيح وخلاف ابى يوسف بحر (قوله قبل الاستيفاء) لان التحالف فى البيع قبل القبض على وفق القياس والاجارة قبل الاستيفاء نظيره بحر والمراد بالاستيفاء التمكن منه فى المدة وبعدمه عدمه لما عرف انه قائم مقامه فى وجوب الاجر بحر (قوله تحالفا) وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما برهن قبل (قوله وبدئ بيمين المستأجر الخ) فان قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أجيب بأن الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو كالاسبق انكارا فيبدأ به وان لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة أبو السعود عن العناية (قوله لو فى المدة) وان كان الاختلاف فيهما قبلت بينة كل منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعى هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة بحر (قوله وبعده) اى بعد الاستيفاء (قوله وان اختلف الزوجان) قيد به للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه وعن اختلاف الاب مع بنته فى جهازها اومع ابنه فيما فى البيت وعن اختلاف اسكاف وعطار فى آلة الاساكفة أوالعطارين وهى فى أيديهما او اختلاف المؤجر والمستأجر فى متاع البيت واختلاف الزوجين فيما فى أيديهما من غير متاع البيت وبيان الجميع فى البحر فراجعه وسيأتى بعضه (قوله قام النكاح اولا) بان طلقها مثلا ويستثنى ما اذا مات بعد عدتها كما سيأتى قال الرملى فى حاشية البحر فى لسان الحكام ما يخالف ذلك فارجع اليه ولكن الذى هنا هو الذى مشى عليه الشرّاح (قوله صلح له) الضمير راجع لكل وفى القنية من باب ما يتعلق بتجهيز البنات افترقا وفى بيتها جارية نقلتها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادّعاها فالقول له لان يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل اهـ وبه علم أن سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لهما لا يبطل دعواه وفى البدائع هذا كله اذا لم تقرّ المرأة أن هذا المتاع اشتراه فان اقرت بذلك سقط قولها لانها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال اليها فلا يثبت الانتقال الا بالبينة اهـ وكذا اذا ادعت انها اشترته منه كما فى الخانية ولا يخفى انه لو برهن على شرائه كان كاقرارها بشرائه فلا بدّ من بينة على الانتقال اليها منه بهبة ونحو ذلك ولا يكون استمتاعها بمشريه ورضاه بذلك دليلا على انه ملكها ذلك كما تفهمه النساء والعوام وقد أفتيت بذلك مرارا بحر وذكر فى الهامش القول للمرأة مع يمينها فيما تدعيه انه ملكها مما هو صالح للنساء ومما هو صالح للرجال والنساء وكذا القول قولها مع يمينها أيضا فيما تدعيه انه وديعة تحت يدها مما هو صالح

للنساء

الاإذا كان كل منهما يفعل او يبيع ما يصلح للآخر فالقول له لتعارض الظاهرين درر وغيرها (والقول له في الصالح لهما) لانها وما في يدها في يده والقول لذي اليد بخلاف ما يختص بها لان ظاهرها اظهر من ظاهره وهو يد الاستعمال (ولو أقاما بينة يقضى ببينتها) لانها خارجة خانية والبيت للزوج الا أن يكون لها بينة بحر وهذا لو حيين (وان مات أحدهما ٤٣٣ واختلف وارثه مع الحي في المشكل) الصالح لهما (فالقول فيه (للحي) ولو رقيقا وقال الشافعي ومالك الكل بينهما وقال ابن أبي ليلى الكل له وقال الحسن البصري الكل لها وهي المسبعة وعد في الخانية تسعة أقوال (ولو ٢أحدهما مملوكا) ولو مأذونا او مكاتبا وقالا والشافعي هما كالحر (فالقول للحر في الحياة وللحي في الموت) لان يد الحر أقوى ولا يد للميت (اعتقت الامة) او المكاتبة او المدبرة (واختارت نفسها فما في البيت قبل العتق فهو للرجل وما بعده قبل أن تختار نفسها فهو على ما وصفناه في الطلاق) بحر وفيه طلقها ومضت العدة فالمشكل للزوج ولورثته بعده لانها صارت أجنبية لا يد لها ولما ذكرنا أن المشكل للزوج في الطلاق فكذا لوارثه أما لو مات وهي في العدة فالمشكل لها فكأنه لم يطلقها بدليل ارثها ولو اختلف المؤجر والمستأجر في متاع البيت فالقول للمستأجر بيمينه وليس للمؤجر الا ما عليه من ثياب بدنه ولو اختلف اسكافي وعطار في آلات الاساكفة وآلات العطارين وهي في أيديهما فهي بينهما بلا نظر لما يصلح لكل منهما

للنساء ومما هو صالح للنساء والرجال والله أعلم كذا في الحامدية عن الشلبي (قوله الظاهرين) أي فرجعنا الى اعتبار اليد والا فالتعارض يقتضي التساقط (قوله درر) عبارة الدرر الا اذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر اهـ أي الا أن يكون الرجل صائغا وله أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال ونحوها فلا يكون لها وكذا اذا كانت المرأة دلالة تبيع ثياب الرجال او تاجرة تتجر في ثياب الرجال او النساء او ثياب الرجال وحدها كذا في شروح الهداية اهـ قال في الشرنبلالية قوله الا اذا كان كل منهما يفعل او يبيع ما يصلح للآخر ليس على ظاهره في عمومه ففي قول احدهما يفعل او يبيع الآخر ما يصلح له لان المرأة اذا كانت تبيع ثياب الرجال او ما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والامتعة والعقار فهو للرجل لان المرأة وما في يدها للزوج والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه عارض يد الزوج اقوى منها وهو الاختصاص بالاستعمال كما في العناية ويعلم مما سنذكره المصنف رحمه الله اهـ وحينئذ فقول الدرر وكذا اذا كانت المرأة دلالة الخ معناه أن القول فيه للزوج أيضا الا أنه خرج منه ما لو كانت تبيع ثياب النساء بقوله قبله فالقول لكل منهما فيما يصلح له ويمكن حمل كلام الشارح على هذا المعنى أيضا بجعل الضمير في قوله فالقول له راجعا الى الزوج ثم قوله لتعارض الظاهرين لا يصلح علة سواء حمل الكلام على ظاهره او على هذا المعنى أما الاول فلانه اذا كان الزوج يبيع يشهد له ظاهران اليد والبيع لا ظاهر واحد فلا تعارض الا اذا كانت هي تبيع ذلك فلا يرجح ملكها لما ذكره الشرنبلالي الا اذا كان مما يصلح لها على أن التعارض لا يقتضي الترجيح بل التهاتر وأما الثاني فلانه اذا كان الزوج يبيع فلا تعارض كما مر وأما اذا كانت تبيع هي فكذلك لما مر أيضا فتنبه أقول وما ذكره في الشرنبلالية عن العناية صرح به في النهاية لكن في الكفاية ما يقتضي أن القول للمرأة حيث قال الا اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحلي فهو للمرأة أي القول قولها انها لشهادة الظاهر اهـ ومثله في الزيلعي قال وكذا اذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قوله في ذلك اهـ فالظاهر أن في المسألة قولين فليحرر (قوله والبيت للزوج) اي لو اختلفا في البيت فهو له (قوله لها بينة) اي فيكون البيت لها وكذا لو برهنت على كل ما يصلح لها (قوله لو حيين) بالتثنية (قوله في المشكل) انظر ما حكم غيره والظاهر أن حكمه ما مر ثم رأيته في ط عن الحموي (قوله فالقول فيه للحي) مع يمينه در منتقى اذ لا يد للميت وذكر في البحر عن الخزانة استثناء ما اذا كانت المرأة ليلة الزفاف في بيته فالمشكل وما يجهز مثلها به لا يستحسن جعله للزوج الا اذا عرف بتجارة جنس منه فهو له وألحق صاحب البحر ما اذا اختلفا في الحياة ليلة الزفاف قال وينبغي اعتماده للفتوى الا أن يوجد نص بخلافه (قوله ولو رقيقا) يستغنى عنه بما يأتي في المتن ح (قوله ولو أحدهما مملوكا الى قوله وللحي في الموت) كذا في عامة شروح الجامع وذكر الرضي انه سهو والصواب انه للحر مطلقا وذكر فخر الاسلام أن القول له هنا في الكل لا في خصوص المشكل كما في القهستاني سائحاني (قوله تسعة أقوال) الاول ما في الكتاب وهو قول الامام الثاني قول أبي يوسف للمرأة جهاز مثلها والباقي للرجل يعني في المشكل في الحياة والموت الثالث قول ابن أبي ليلى المتاع كله له ولها ما عليها فقط الرابع قول ابن معن وشريك هو بينهما الخامس قول الحسن البصري كله لها وله ما عليه السادس قول شريح البيت للمرأة السابع قول محمد في المشكل للزوج في الطلاق والموت ووافق الامام فيما لا يشكل الثامن قول زفر المشكل بينهما التاسع قول مالك الكل بينهما هكذا حكى الاقوال في خزانة الاكمل ولا يخفى أن التاسع هو الرابع بحر كذا في الهامش (قوله لان يد الحر الخ) لف ونشر مرتب (قوله للميت) بحث فيه صاحب اليعقوبية (قوله فهو على ما وصفناه في الطلاق) يعني المشكل للزوج ولها ما صلح لها لانها وقته حرة كما هو معلوم من السياق واللحاق ويؤيده قول السراج ولو كان الزوج حرا والمرأة مكاتبة أو أمة او مدبرة او أم ولد وقد أعتقت قبل ذلك ثم اختلفا في متاع البيت فما احدثاه قبل العتق فهو للرجل وما احدثاه بعده فهو فيه كالحرين سائحاني (قوله في الطلاق) اي في مسألة اختلاف الزوجين التي قبل قوله وان مات أحدهما فانها تشمل حال قيام النكاح وبعده كما ذكره الشارح اهـ (قوله ثم اعلم أن هذا) اي جميع ما مر اذا لم يقع التنازع بينهما في الرق والحرية والنكاح وعدمه فان وقع الى آخر ما في البحر فراجعه (قوله لانها صارت الخ) يفيد أنهما لو ماتا فكذلك (قوله بلا نظر) فهذا

٢ قوله ففي قول احدهما يفعل او يبيع الخ هكذا في النسخة المجموع منها ولا تخلو العبارة عن تأمل فلعلها محرفة فينبغي تحريرها بمراجعة عبارة الشرنبلالية اهـ مصححه

قوله ثم اعلم أن هذا لا وجود لذلك هنا في نسخ الشارح التي بيدي فليحرر اهـ مصححه

وتمامه فى السراج (رجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام وعلى عنقه بدرة وذلك بداره فادّعاه رجل عرف باليسار وادّعاه صاحب الدار فهو للمعروف باليسار وكذا كاس فى منزل رجل وعلى عنقه قطيفة يقول) الذى على عنقه (هى لى وادّعاها صاحب المنزل فهى لصاحب المنزل رجلان فى سفينة بها دقيق فادّعى كل واحد السفينة وما فيها وأحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بانه ملاح فالدقيق للذى يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف بانه ملاح) عملا بالظاهر ولو فيها راكب وآخر يمسك وآخر يجذب وآخر يمدّها وكلهم يدّعونها فهى بين الثلاثة أثلاثا ولا شئ للمادّ رجل يقود قطار ابل وآخر راكب ان على الكل متاع الراكب فكلها له والقائد أجيره وان لا شئ عليها فللراكب ماهو راكبه والباقى للقائد بخلاف البقر والغنم وتمامه فى خزانة الاكمل

* (فصل فى دفع الدعاوى) *

لما قدّم من يكون خصما ذكر من لا يكون (قال ذو اليد هذا الشئ) المدّعى به منقولا كان او عقارا (اودعنيه او أعارنيه او آجرنيه اورهننيه زيد الغائب او غصبته منه) من الغائب (وبرهن عليه) على ماذكر والعين قائمة لا هالكة وقال الشهود نعرفه باسمه ونسبه او بوجهه وشرط محمد معرفته بوجهه أيضا فلو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يحنث ذكره الزيلعى وفى الشرنبلالية عن خط العلامة المقدسى عن البزازية أن تعويل الائمة على قول محمد اه فليحفظ (دفعت خصومة المدّعى)

الفرع خالف ماقبله والمسائل الآتية بعده (فرع) رجل تصرّف زمانا فى ارض ورجل آخر رأى الارض والتصرّف ولم يدّع ومات على ذلك لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده فتترك على يد المتصرّف لان الحال شاهد اه حامدية عن الولوالجية (قوله بدرة) البدرة عشرون ألف دينار بحر كذا فى الهامش (قوله قطيفة) دثار مخمل والجمع قطائف وقطف مثل صحائف وصحف لانها جمع قطيفة وصحيفة ومنه القطائف التى تؤكل صحاح الجوهرى كذا فى الهامش (قوله وآخر يمسك) الظاهر أنه ماسك الدفة التى هى للسفينة بمنزلة اللجام للدابة (قوله بخلاف البقر والغنم) قال فى المنح أما لو كان بقرا او غنما عليها رجلان أحدهما قائد والآخر سائق فهى للسائق الا أن يقود شاة معه فتكون له تلك الشاة وحدها كذا فى الهامش (فرع) رجل دفع الى قصار أربع قطع كرباس ليغسلها فلما فرغ قال له القصار ابعث الىّ رسولك لانفذ لك فجاء الرسول بثلاث قطع فقال القصار بعثت اليك اربع قطع وقال الرسول دفع الىّ ولم يعدّه علىّ يقال لرب الثوب صدّق ايهما شئت فان صدّق الرسول برئ من الدعوى وتوجه اليمين على القصار ان حلف برئ وان نكل وجب عليه الضمان وكذلك ان صدّق القصار برئ ووجب اليمين على الرسول ووجب عليه أجر القصار اذا حلف القصار على ذلك أو صدّقه صاحب الثوب لانه لما حلف القصار ففى زعمه انه اعطاه اربع قطع فيأخذ ذلك ولوالجية فى الفصل الثانى

* (فصل فى دفع الدعاوى) *

(قوله اودعنيه) ظاهر قوله اودعنيه ومابعده يفيد أنه لا بدّ من دعوى ايداع الكل وليس كذلك لما فى الاختيار أنه لو قال النصف لى والنصف وديعة عندى لفلان وأقام بينة على ذلك اندفعت فى الكل لتعذر التمييز اه بحر وفيه أيضا وأفاد المؤلف انه لو أجاب بأنها ليست لى أو هى لفلان ولم يزد لا يكون دفعا وقيد بكونه اقتصر على الدفع بماذكر للاحتراز عما اذا زاد وقال كانت دارى بعتها من فلان وقبضها ثم اودعنيها او ذكر هبة وقبضا لم تندفع الا أن يقرّ المدّعى بذلك او يعلمه القاضى (قوله اورهننيه زيد) أتى بالاسم العلم لانه لو قال اودعنيه رجل لا اعرفه لم تندفع فلا بدّ من تعيين الغائب فى الدفع وكذا فى الشهادات كما سيذكره الشارح فلو ادّعاه من مجهول وشهدا بمعين أو عكسه لم تندفع بحر وفيه عن خزانة الاكمل والخانية لو أقرّ المدّعى أن رجلا دفعه اليه او شهدوا على اقراره بذلك فلا خصومة بينهما وفيه وأطلق فى الغائب فشمل ما اذا كان بعيدا معروفا يتعذر الوصول اليه أو قريبا كما فى الخلاصة والبزازية (قوله على ماذكر) لكن لا تشترط المطابقة لعين ما ادّعاه لما فى خزانة الاكمل لو شهدوا أن فلانا دفعه اليه ولا ندرى لمن هو فلا خصومة بينهما وأراد بالبرهان وجود حجة سواء كانت بينة او علم القاضى أو اقرار المدّعى كما فى الخلاصة ولو لم يبرهن المدّعى عليه وطلب يمين المدّعى استحلفه القاضى فان حلف على العلم كان خصما وان نكل فلا خصومة كما فى خزانة الاكمل بحر (قوله والعين قائمة) أخذ التقييد من الاشارة بقوله هذا الشئ لان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود فى الخارج كما أفاده فى البحر وسيأتى محترزه قال فى الهامش عبد هلك فى يد رجل وأقام رجل البينة انه عبده وأقام الذى مات فى يده انه أودعه فلان أو غصبه أو آجره لم يقبل وهو خصم فانه يدّعى القيمة عليه وايداع الدين لا يمكن ثم اذا حضر الغائب وصدّقه فى الايداع والاجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدّعى أما لو كان غاصبا لم يرجع وكذا فى العارية والاباق مثل الهلاك ههنا فان عاد العبد يوما يكون عبد المن استقر عليه الضمان اه بحر (قوله نعرفه) اى الغائب (قوله اوبوجهه) فمعرفتهم وجهه فقط كافية عند الامام بزازية (قوله وشرط محمد) محل الاختلاف فيما اذا ادّعاه الخصم من معين بالاسم والنسب فشهدا له بمجهول لكن قالا نعرفه بوجهه وأما لو ادّعاه من مجهول لم تقبل الشهادة اجماعا كذا فى شرح أدب القضاء للخصاف (قوله فلو حلف) لا يخفى أن التفريع غير ظاهر فكان الاولى أن يقول ولم يكتف محمد بمعرفة الوجه فقط يدل عليه قول الزيلعى والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة ألا ترى الى قوله عليه السلام لرجل أتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه وكذا لو حلف الخ (قوله عن البزازية) ونقله عنها فى البحر (قوله دفعت خصومة المدّعى) أى حكم القاضى بدفعها وأفاد أنه لو أعاد المدّعى الدعوى عند قاض آخر لا يحتاج المدّعى عليه

الى اعادة الدفع بل يثبت حكم القاضى الاوّل كما صرّحوا به وظاهر قوله دفعت انه لا يحلف للمدّعى انه لا يلزمه تسليمه اليه ولم أره الآن بحر وفيه نظر فانه بعد البرهان كيف يحلف أما قبله فقد نقل عن البزازية انه يحلف على البتات لقد أودعها اليه لا على العلم ثم نقل عن الذخيرة انه لا يحلف لانه مدّع الايداع ولو حلف لا تندفع بل يحلف المدّعى على عدم العلم (قوله للملك المطلق) ومنه دعوى الوقف ودعوى غلته كما حرّره فى البحر أوّل الفصل الآتى قال فى البحر ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى صورة دعوى المدّعى وأراد بها أن المدّعى ادّعى ملكا مطلقا فى العين ولم يدّع على ذى اليد فعلا بدليل ما يأتى من المسائل المقابلة لهذه وحاصل جواب المدّعى عليه انه ادّعى أن يده يد أمانة او مضمونة والملك للغير ولم يذكر برهان المدّعى ولا بدّ منه لما عرف أن الخارج هو المطالب بالبرهان ولا يحتاج المدّعى عليه الى الدفع قبله وحاصله أن المدّعى لما ادّعى الملك المطلق فيما فى يد المدّعى عليه أنكره فطلب من المدّعى البرهان فأقامه ولم يقض القاضى به حتى دفعه المدّعى عليه بما ذكر وبرهن على الدفع اه (قوله بالحيل) بأن يأخذ مال انسان غصبا ثم يدفعه سرّا الى مريد سفر ويودعه بشهادة الشهود حتى اذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه فيه أقام ذو اليد بينة على أن فلانا اودعه فيبطل حقه كذا فى الدرر ح (قوله فى المختار) وفى المعراج رجع اليه ابو يوسف حين ابتلى بالقضاء وعرف احوال الناس فقال المحتال من الناس يأخذ من انسان غصبا ثم يدفعه سرّا الى من يريد السفر حتى يودعه بشهادة الشهود حتى اذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه يقيم ذو اليد بينة على أن فلانا اودعه فيبطل حقه وتندفع عنه الخصومة كذا فى المبسوط (قوله كما بسط فى الدرر) ذكرهنا اقوال ائمتنا الثلاثة الرابع قول ابن شبرمة انها لا تندفع عنه مطلقا والخامس قول ابن أبى ليلى تندفع بدون بينة لاقراره بالملك للغائب س (قوله وفيه نظر) فيه نظر لان وكانى يرجع الى أودعنيه واسكننى الى اعارنيه وسرقته منه الى غصبته منه وضلّ منه فوجدته الى أودعنيه وهى فى يدى مزارعة الى الاجارة أو الوديعة فلا يزاد على الخمس كذا فى الهامش (قوله بحر) ذكر فى البحر بعد هذ امانسه والاوّلان راجعان الى الامانة والثلاثة الاخيرة الى الضمان ان لم يشهد فى الاخيرة والا فالى الامانة فالصور عشر وبه علم أن الصور لم تنحصر فى الخمس اه ولا يخفى انه بعد رجوع مازاده الى ماذكر لا محل للاعتراض بعدم الانحصار تأمل (قوله أوهى فى يدى) مقتضى كلامه أن هذه العبارة ليست فى البحر مع انها والتى بعدها فيه ح (قوله ألحق) بصيغة الماضى (قوله قال) أى فى البزازية (قوله فلا يزاد) أى لا تزاد مسألة المزارعة التى زادها البزازىّ وقد علمت مما فى البحر أنه لا يزاد البقية أيضا (قوله وقد حرّرته الخ) حيث عمّم قوله غصبته منه بقوله ولو حكما فأدخل فيه قوله او سرقته منه او انتزعته منه وكذا عمّم قوله اودعنيه بقوله ولو حكما فأدخل فيه الاربعة الباقية ولا يخفى انه محرّر أحسن مما هنا فانه هنا ارسل الاعتراض ولم يجب عنه الا فى مسألة المزارعة فأوهم خروج ماعداها عما ذكر ومع انه داخل فيه كما علمت فافهم (قوله او أقرّ ذو اليد) ولو برهن بعده على الوديعة لم تسمع بزازية (قوله قال ذو اليد) حاصل هذه أن المدّعى ادّعى فى العين ملكا مطلقا فأنكره المدّعى عليه فبرهن المدّعى على الملك فدفعه ذو اليد بأنه اشتراها من فلان الغائب وبرهن عليه لم تندفع عنه الخصومة يعنى فيقضى القاضى ببرهان المدّعى لانه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما بحر وفيه عن الزيلعىّ واذا لم تندفع هذه المسألة وأقام الخارج البينة فقضى له ثم احال المقرّ له الغائب وبرهن تقبل بينته لان الغائب لم يصر مقضيا عليه وانما قضى على ذى اليد خاصة (قوله اشتريته) ولو فاسدا مع القبض بحر (قوله أو اتهبته) أشار به الى أن المراد من الشراء الملك مطلقا (قوله بل ادّعى عليه) أى على ذى اليد الفعل وقيد به للاحتراز عن دعواه على غيره فدفعه ذو اليد بواحد مما ذكر وبرهن فانها تندفع كدعوى الملك المطلق كما فى البزازية بحر وأشار الشارح الى هذا أيضا بقوله بخلاف قوله غصب منى الخ لكن قوله وبرهن ينافيه ما سننقله عن نور العين عند قول المتن اندفعت من أنه لا يحتاج الى البينة وكذا مسألة الشراء التى ذكرها المصنف وهى مسألة المتون (قوله او قال سرق منى) ذكر الغصب تمثيل والمراد دعوى فعل عليه فلو قال المدّعى اودعتك اياه او اشتريته منك وبرهن ذو اليد كما ذكرنا على وجه لا يفيد ملك الرقبة له لا يندفع كذا فى البزازية بحر فكان الاولى أن يقول كأن قال (قوله وبناه) ويعلم حكم ما اذا بناه للفاعل بالاولى بحر (قوله الصحيح لا) أقول هذا المذكور فى الغصب فالحكم فى السرقة

للملك المطلق لان يد هؤلاء ليست يد خصومة وقال أبو يوسف ان عرف ذو اليد بالحيل لا تندفع وبه يؤخذ ملتقى واختاره فى المختار وهذه مخمسة كتاب الدعوى لان فيها أقوال خمسة علماء كما بسط فى الدرر أو لان صورها خمس عينى وغيره قلت وفيه نظر اذ الحكم كذلك لو قال وكلنى صاحبه بحفظه أو أسكننى فيها زيد الغائب أو سرقته منه أو انتزعته منه أو ضلّ منه فوجدته بحر أوهى فى يدى مزارعة بزازية فالصور احدى عشر قلت لكن ألحق فى البزازية المزارعة بالاجارة أو الوديعة قال فلا يزاد على الخمس وقد حرّرته فى شرح الملتقى (وان) كان هالكا أو قال الشهود أودعه من لا نعرفه أو أقرّ ذو اليد بيد الخصومة كأن (قال) ذو اليد (اشتريته) او اتهبته (من الغائب او) لم يدّع الملك المطلق بل ادّعى عليه الفعل بأن (قال المدّعى غصبته) منى (او) قال (سرق منى) وبناه للمفعول للستر عليه فكأنه قال سرقته منى بخلاف غصب منى او غصبه منى فلان الغائب كما سيجىء حيث تندفع وهل تندفع بالمصدر الصحيح لا

بزازية (وقال ذواليد) فى الدفع (اودعنيه فلان وبرهن عليه لا) تندفع فى الكل لما قلنا (قال فى غير مجلس الحكم انه ملكى ثم قال فى مجلسه انه وديعة عندى) اورهن (من فلان تندفع مع البرهان على ماذكر ولو برهن المدّعى على مقالته الاولى يجعله خصما ويحكم عليه) لسبق اقرار يمنع الدفع بزازية (وان قال المدّعى ٤٣٦ اشتريته من فلان) الغائب (وقال ذواليد اودعنيه فلان ذلك) اى بنفسه فلو بوكيله لم تندفع بلا بينة (دفعت الخصومة وان لم يبرهن) لتوافقهما أن أصل الملك للغائب الا اذا قال اشتريته ووكلنى بقبضه وبرهن ولو صدّقه فى الشراء لم يؤمر بالتسليم لئلا يكون قضاء على الغائب باقراره وهى عجيبة ثم اقتصار الدرر وغيرها على دعوى الشراء قيد اتفاقى فلذا قال (ولو ادّعى أنه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذواليد أن هذا الغائب اودعه عنده اندفعت) لتوافقهما أن اليد لذلك الرجل (ولو كان مكان دعوى الغصب دعوى سرقة لا) تندفع بزعم ذى اليد ايداع ذلك الغائب استحسانا بزازية وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى لو اتفقا على الملك لزيد وكل يدّعى الاجارة منه لم يكن الثانى خصما للاوّل على الصحيح ولا المدّعى رهن اوشراء أما المشترى فخصم للكل (فروع) * قال المدّعى عليه لى دفع يمهل الى المجلس الثانى صغرى * للمدّعى تحليف مدّعى الايداع على البتات درر وله تحليف المدّعى على العلم وتمامه فى البزازية * وكل بنقل امته فبرهنت انه اعتقها قبل للدفع لا للعتق مالم يحضر المولى ابن ملك

* (باب دعوى الرجلين) *

ويجب أن لا تندفع بالاولى كما فى بنائه للمفعول وهو ظاهر تأمل رملى على المنح (قوله بزازية) قال ادّعى انه ملكه وفى يده غصب فبرهن ذواليد على الايداع قيل تندفع لعدم دعوى الفعل عليه والصحيح انها لا تندفع بحر س (قوله وبرهن عليه) أراد بالبرهان اقامة البينة فخرج الاقرار لما فى البزازية معزيا الى الذخيرة من صار خصما لدعوى الفعل عليه ان برهن على اقرار المدّعى بايداع الغائب منه تندفع كاقامته على الايداع لثبوت اقرار المدّعى أن يده ليست يد خصومة اه بحر (قوله لما قلنا) من أن المدّعى ادّعى الفعل عليه أما فى مسألتى المتن فأشار الى علة الاولى بقوله اوأقر ذواليد بيد الخصومة والى علة الثانية بقوله ادّعى عليه الفعل اى فانه صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده كما فى البحر وأما علة ما اذا كان هالكا فلم يشر اليها وهى انه يدّعى الدين ومحله الذمة فالمدّعى عليه ينتصب خصما بذمته وبالبينة انه كان فى يده وديعة لا يتبين أنّ ما فى ذمته لغيره فلا تندفع كما فى المعراج وكذا علة ما اذا قال الشهود أودعه من لا نعرفه وهى انهم ما أحالوا المدّعى على رجل تمكن مخاصمته كذا قيل (قوله فى مجلسه) أى مجلس الحكم (قوله لسبق اقرار) باضافة سبق الى اقرار والدفع مفعول يمنع (قوله ذلك) اى المذكور فى كلام المدّعى ح (قوله اى بنفسه) تقييد لقوله أودعنيه لا تفسير لقوله ذلك ح وقال فى الهامش بنفسه أى بنفس فلان الغائب (قوله بلا بينة) لانّ الوكالة لا تثبت بقوله معراج ولانه لم يثبت تلقى اليد ممن اشترى هو منه لانكار ذى اليد ولا من جهة وكيله لانكار المشترى بحر (قوله وان لم يبرهن) وفى البناية ولو طلب المدّعى يمينه على الايداع يحلف على البتات اه بحر (قوله الا اذا قال) اى المدّعى (قوله اشتريته) اى من الغائب كذا فى الهامش (قوله وهى عجيبة) لم يظهر وجه العجب (قوله ولو ادّعى الخ) المسألة تقدمت متنا قبيل باب عزل الوكيل معللة بأنه اقرار على الغير قلت وكذا لو ادّعى إنه أعاره لفلان كما يظهر من العلة قال فى الهامش الخصم فى اثبات النسب خمسة الوارث والوصى والموصى له والغريم للميت أو على الميت بزازية وكذلك فى الارث جامع الفصولين اه (قوله اندفعت) أى بلا بينة نور العين (قوله دعوى سرقة لا) وهذا بخلاف قوله انه ثوبى سرقه منى زيد وقال ذواليد اودعنيه زيد ذلك لا تندفع الخصومة استحسانا يقول الحقير لعل وجه الاستحسان هو أن الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة كما ذكر فى كتب الفقه فاليد للغاصب فى مسألة الغصب بخلاف مسألة السرقة اذ اليد فيها الذى اليد اذ لا يد للسارق شرعا ثم ان عبارة لا يد للسارق نكتة لا يخفى حسنها على ذوى النهى نور العين وهذا اولى وما قاله السائحانى يجب حمله على ما اذا قال سرق منى أما لو قال سرقه الغائب منى فانها تندفع لتوافقهما أن اليد للغائب وصار من قبيل دعوى الفعل على غير ذى اليد وهى تندفع كما فى البحر لكن ذكر بعده هذه المسألة وأفاد انها بنيت للفاعل وصرّح بذلك فى الفصولين فلعل فى المسألة قولين قياسا واستحسانا اه (قوله لا تندفع) قال صاحب البحر وقد سئلت بعد تأليف هذا المحل يوم عن رجل أخذ متاع اخته من بيتها ورهنه وغاب فادّعت الاخت به على ذى اليد فأجاب بالرهن فأجبت ان ادّعت المرأة غصب أخيها وبرهن ذواليد على الرهن اندفعت وان ادّعت السرقة لا اه أى لا تندفع وظاهره انها ادّعت سرقة أخيها مع انا قدمنا عنه أن تقييد دعوى الفعل على ذى اليد للاحتراز عن دعواه على غيره فانه لو دفعه ذواليد لواحد مما ذكر وبرهن تندفع فيجب أن يحمل على انها ادّعت انه سرق منها مبنيا للمجهول ليكون الدعوى على ذى اليد لكن ينافيه قولها ان أخاها أخذه من بيتها تأمّل (قوله يمهل الى المجلس الثانى) أى بعد أن سأله عنه وعلم انه دفع صحيح كما قدمناه قبل التحكيم (قوله للمدّعى تحليف الخ) خلافا لما فى الذخيرة لانه يدّعى الايداع ولا حلف على المدّعى ح كذا فى الهامش (فروع) ادّعى نكاح امرأة لها زوج يشترط حضرة الزوج الظاهر جامع الفصولين * السباهى لا ينتصب خصما لمدّعى الارض ملكا أو وقفا خيرية من الدعوى * الاصل سقوط دعوى الملك المطلق دون المقيد بسبب درّ منتقى * المشترى ليس بخصم للمستأجر والمرتهن جامع الفصولين فى الفصل الثالث

* (باب دعوى الرجلين) *

لا يخفى عليك أن عقد الباب لدعوى الرجلين على ثالث والا فجميع الدعاوى لا تكون الا بين اثنين وحينئذ

لا تكون

لاتكون هذه المسألة من مسائل هذا الكتاب فلذلك ذكره صاحب الهداية والكنز فى أوائل كتاب الدعوى قلت ولعل صاحب الدرر انما أخرها الى هذا المقام مقتفيا فى ذلك اثر صاحب الوقاية لتحقق مناسبة بينها وبين مسائل هذا الباب بحيث تكون فاتحة لمسائله وان لم تكن منه عزمى (قوله حجة خارج) الخارج وذوا اليد لو ادّعيا ارثا من واحد فذو اليد أولى كما فى الشراء هذا اذا ادّعى الخارج وذو اليد تلقى الملك من جهة واحد فلو ادّعياه من جهة اثنين يحكم للخارج الا اذا سبق تاريخ ذى اليد بخلاف مالو ادّعياه من واحد فانه ثمة يقضى لذى اليد الا اذا سبق تاريخ الخارج والفرق فى الهداية ولو كان تاريخ أحدهما اسبق فهو أولى كما لو حضر البائعان وبرهنا وأرّخا وأحدهما اسبق تاريخا والمبيع فى يد أحدهما يحكم للاسبق اه فصولين من الثامن وتمامه فيه (قوله فى ملك مطلق) لان الخارج هو المدّعى والبينة بينة المدّعى بالحديث قيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادّعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض وبما اذا ادّعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما اسبق فان فى هذه الصور تقبل بينة ذى اليد بالاجماع كما سيأتى درر (فرع) فى الهامش اذا برهن الخارج وذو اليد على نسب صغير قدّم ذو اليد الا فى مسألتين فى الخزانة الاولى لو برهن الخارج على انه ابنه من امرأته وهما حرّان وأقام ذو اليد بينة أنه ابنه ولم ينسبه الى امّه فهو للخارج الثانية لو كان ذو اليد ذمّيا والخارج مسلما فبرهن الذمى بشهود من الكفار وبرهن الخارج قدّم الخارج سواء برهن بمسلمين او بكفار ولو برهن الكافر بمسلمين قدّم على المسلم مطلقا أشباه قبيل الوكالة اه (قوله فقط) قيد بقوله فقط لانه لو وقتا يعتبر السابق كما يأتى متنا فالمراد سواء لم يوقتا او وقت أحدهما وحده ولو استوى تاريخهما فالخارج أولى فالاعم قول الغرر حجة الخارج فى الملك المطلق أولى الا اذا ارّخا وذو اليد أسبق سائحانى (قوله قال فى دعواه هذا العبد الخ) تقدّمت المسألة متنا قبيل السلم (قوله تاريخ غيبة) لانّ قوله منذ شهر متعلق بغاب فهو قيد للغيبة وقوله منذ سنة متعلق بما تعلق به قوله لى أى ملك لى منذ سنة فهو قيد للملك وتاريخ له والمعتبر تاريخ الملك ولم يوجد من الطرفين (قوله وقال أبو يوسف) ضعيف (قوله ولو حالة الانفراد) ينبغى اسقاطها لانّ الكلام فى حالة الانفراد (قوله كذا فى جامع الفصولين) ذكر هذا فى الفصل السادس عشر حيث قال استحق حمارا فطلب ثمنه من بائعه فقال البائع للمستحق من كم مدّة غاب عنك هذا الحمار فقال منذ سنة فبرهن البائع انه ملكه منذ عشر سنين قضى به للمستحق لانه ارّخ غيبته لا الملك والبائع أرّخ الملك ودعواه دعوى المشترى لتلقيه من جهته فصار كان المشترى ادّعى ملك بائعه بتاريخ عشر سنين غير أنّ التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد عند أبى حنيفة فيبقى دعوى الملك المطلق فحكم للمستحق أقول يقضى بها للمؤرّخ عند أبى يوسف لانه يرجح المؤرّخ حالة الانفراد اه ملخصا وقد قدّمه فى الثامن وقال ولكن الصحيح والمشهور من مذهبه يعنى أبا حنيفة انه اى تاريخ ذى اليد وحده غير معتبر تنبه ذكره خير الدين الرملى فى حاشية المنح (قوله ولو برهن خارجان) يعنى اذا ادّعى اثنان عينا فى يد غيرهما وزعم كل واحد منهما انها ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضى بالعين بينهما لعدم الاولوية وأطلقه فشمل ما اذا ادّعيا الوقف فى يد ثالث فيقضى لكل وقف النصف وهو من قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف وتمام بيانه فى البحر وفيه بيان أن الغلة مثله وقيد بالبرهان منهما اذ لو برهن أحدهما فقط فانه يقضى له بالكل فلو برهن الخارج الآخر يقضى له بالكل لانّ المقضى له صار ذا يد بالقضاء فتقدّم بينة الخارج الآخر عليه بحر وتمامه فيه (قوله ولو ميتة) أى ولم يؤرّخا أو استوى تاريخهما كما هو فى عبارة البحر عن الخلاصة (قوله ولو ولدت) أى الميتة قبل الموت وظاهر العبارة انها ولدت بعده ولكن ينظر هل يقال له ولادة (قوله وتمامه فى الخلاصة) هو أنه يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد ح (قوله وهى لمن صدّقته) يشمل ما اذا سمعه القاضى أو برهن عليه مدّعيه بعد انكارها له بحر عن الخلاصة (قوله اذا لم تكن الخ) أما ان كانت فى يد من كذبته أو دخل بها فهو أولى ولا يعتبر قولها لانّ تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده الا أن يقيم الآخر البينة انه تزوّجها قبله فيكون أولى لانّ الصريح يفوق الدلالة زيلعى بقى لو دخل بها أحدهما وهى فى بيت الآخر ففى البحر عن الظهيرية أن صاحب البيت أولى (قوله هذا اذا لم يؤرّخا) وكذا اذا أرّخا واستويا (قوله فان أرّخا) أى الخارجان مطلقا (قوله فالسابق أحق) أى وان صدّقت

(تقدّم حجة خارج فى ملك مطلق) اى لم يذكر له سبب كما مرّ (على حجة ذى اليد ان وقت أحدهما فقط) وقال أبو يوسف ذو الوقت أحق وثمرته فيما لو (قال) فى دعواه (هذا العبد لى غاب عنى منذ شهر وقال ذو اليد لى منذ سنة قضى للمدّعى) لانّ ما ذكره تاريخ غيبة لا ملك فلم يوجد التاريخ من الطرفين فتقضى بينة الخارج وقال ابو يوسف يقضى للمؤرّخ ولو حالة الانفراد. وينبغى أن يفتى بقوله لانه اوفق وأظهر كذا فى جامع الفصولين وأقرّه المصنف (ولو برهن خارجان على شئ قضى به لهما فان برهنا فى دعوى (نكاح سقطا) لتعذر الجمع لو حية ولو ميتة قضى به بينهما وعلى كل نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد ولو ولدت يثبت النسب منهما وتمامه فى الخلاصة (وهى لمن صدّقته اذا لم تكن فى يد من كذبته ولم يكن دخل) من كذبته (بها) هذا اذا لم يؤرّخا (فان ارّخا فالسابق أحق بها

قوله فيقضى لكل وقف النصف هكذا فى النسخة المجموع منها ولعله فيقضى لكل بنصف الوقف وليحرّر اه مصححه

فلوأرّخ أحدهمافهي لمن صدّقته اولذى اليد بزازية قلت وعلى مامرّعن الثانى ينبغى اعتبارتاريخ أحدهما ولم أرمن نبه على هذا فتأمل (وان أقرت لمن لا حجة له فهى له وان برهن الآخر قضى له ولو برهن أحدهما وقضى له ثم برهن الآخر لم يقض له الا اذا ثبت سبقه) لان البرهان مع التاريخ اقوى منه بدونه (كمالم يقض ببرهان خارج على ذى يد ظهر نكاحه الا اذا ثبت سبقه) أى ان نكاحه أسبق (وان) ذكرا سبب الملك بأن (برهنا على شراء شئ من ذى يد فلكل نصفه بنصف الثمن) ان شاء (اوتركه) انما خير لتفريق الصفقة عليه (وان ترك أحدهما بعد ماقضى لهما لم يأخذ الآخر كله) لانفساخه بالقضاء فلوقبله فله (وهو) اى ما ادّعيا شراءه (للسابق) تاريخا (ان أرّخا) فيردّ البائع ماقبضه من الآخر اليه معراج (و) هو (لذى يد ان لم يؤرّخا او أرّخ احدهما) اواستوى تاريخهما (و) هو (لذى وقت ان وقت أحدهما فقط و) الحال أنه (لا يد لهما) وان لم يوقتا فقد مرّأن لكل نصفه بنصف الثمن (والشراء أحق من هبة وصدقة) ورهن ولو مع قبض وهذا (ان لم يؤرّخا

الآخرأوكان ذايدأودخل بها والحاصل كما فى الزيلعى انهما اذا تنازعا فى امرأة وبرهنا فان أرّخا وتاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى وان لم يؤرّخا أواستويا فان مع أحدهما قبض كالدخول بها أونقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شئ يرجع الى تصديق المرأة اه‍ (قوله فالسابق أحق بها) أى ولا يعتبر ماذكر من كونها فى يده أودخل بها مع التاريخ لكونه صريحا وهو يفوق الدلالة منح (قوله فلوأرّخ أحدهما) اى وصدّقت الآخر اوكان ذا يد فان لم يوجدا قدّم المؤرّخ فالتصديق اواليد أقوى من التاريخ وعلم مما مرّ أن اليد أرجح من التصديق ومن الدخول فالحاصل كما فى البحر أن سبق التاريخ ارجح من الكل ثم اليد ثم الدخول ثم الاقرار ثم تاريخ أحدهما (قوله اولذى اليد) اى لوأرّخ أحدهما وللآخر يد فانها لذى اليد (قوله وعلى مامرّ عن الثانى) اى من انه يقضى للمؤرّخ حالة الانفراد على ذى اليد فيقضى هنا للمؤرّخ وان كان الآخر ذا يد لترجح جانب المؤرّخ حالة الانفراد عند أبى يوسف وقدمنا عن الزيلعى أنه لوبرهن انه تزوّجها قبله فهو أولى وسيأتى متنا (قوله وان أقرت لمن لا حجة له فهى له) قال السائحانى كان عليه أن يقول فان لم تقم حجة فهى لمن أقرت له ثم ان برهن الآخر قضى له الخ (قوله من ذى يد) أمالوادّعيا الشراء من غير ذى اليد فسيأتى متنا فى قوله وان برهن خارجان على ملك مؤرّخ الخ (قوله بنصف الثمن) اى الذى عينه فان ادّعى أحدهما انه اشتراه بمائة والآخر بمائتين أخذ الاول نصفه بخمسين والآخر بمائة (قوله ماقبضه) اى الثمن (قوله وهولذى يد) اى المدّعى بالفتح قال فى البحر ولى اشكال فى عبارة الكتاب هوأن أصل المسألة مفروض فى خارجين تنازعا فيما فى يد ثالث فاذا كان مع أحدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسألة ثم رأيت فى المعراج مايزيله من جواز أنه اثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن فى يد البائع اه‍ الا أنه يشكل ماذكره بعده عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لاحدهما بالمعاينة اه‍ والحق انها مسألة اخرى وكان ينبغى افرادها وحاصلها أن خارجا وذا يد ادّعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدّم ذواليد فى الوجوه الثلاثة والخارج فى وجه واحد اه‍ وقد أشار المصنف الى ذلك حيث ذكرقوله ولذى وقت ولكن كان عليه أن يقدّمه على قوله ولذى يد لانه من تتمة المسالة الاولى ويكون قوله ولذى استئناف مسألة اخرى (فرع) سئل فى شاب أمرد كره خدمة من هو فى خدمته لمعنى هو أعلم بشأنه وحقيقته فخرج من عنده فاتهمه انه عمد الى بيته وكسره فى حال غيبته وأخذ منه كذا المبلغ سماه وقامت أمارة عليه بأن غرضه منه استبقاؤه واستقراره فى يده على مايتواخاه هل يسمع القاضى والحالة هذه عليه دعواه ويقبل شهادة من هو متقيد بخدمته واكله وشربه من طعامه ومرقته والحال انه معروف بحب الغلمان الجواب والكم فسيح الجنان الجواب قد سبق لشيخ الاسلام ابى السعود العمادى رحمه الله تعالى فى مثل ذلك فتوى بأنه يحرم على القاضى سماع مثل هذه الدعوى معللا بأن مثل هذه الحيلة معهود فيما بين الفجرة واختلاقاتهم فيما بين الناس مشتهرة ومن لفظه رحمه الله تعالى فيها لا بدّ للحكام أن لا يصغوا الى مثل هذه الدعاوى بل يعزروا المدّعى ويعجزوه عن التعرّض لمثل ذلك الغمر المخدع وبه افتى صاحب تنوير الابصار لانتشار ذلك فى غالب القرى والامصار ويؤيد ذلك فروع ذكرت فى باب الدعوى تتعلق باختلاف حال المدّعى وحال المدّعى عليه ويزيد ذلك وبعدا شهادة من يتعشاه يتعشى ويتغداه يتغدّى فلا حول ولا قوّة الا بالله العلىّ العظيم انا لله وانا اليه راجعون ماشاء الله كان ومالم يشأ لم يكن والله تعالى اعلم فتاوى خيرية وعبارة المصنف فى فتاواه بعد ذكرفتوى أبى السعود وأنا أقول ان كان الرجل معروفا بالفسق وحب الغلمان والتحيل لاتسمع دعواه ولا يلتفت القاضى لها وان كان معروفا بالصلاح والفلاح فله سماعها والله تعالى أعلم (قوله فقط) أقول التاريخ فى الملك المطلق لاعبرة به من طرف واحد بخلافه فى الملك بسبب كما هو معروف قاله شيخ والدى مدنى (قوله والشراء أحق من هبة) أى لوبرهن خارجان على ذى يد أحدهما على الشراء منه والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى لانه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة يتوقف على القبض فلوأحدهما ذا يد والمسألة بحالها يقضى للخارج أوللاسبق تاريخا وان ارخت احداهما فلا ترجيح ولو كل منهما ذا يد فهو لهما أوللاسبق تاريخا كدعوى ملك مطلق وأطلق فى الهبة وهى مقيدة بالتسليم وبأن لا يكون بعوض والا كانت بيعا وأشار الى استواء الصدقة والهبة المقبوضتين للاستواء فى التبرّع ولا ترجيح للصدقة باللزوم لانه يظهر فى ثانى الحال وهو عدم التمكن من الرجوع فى المستقبل والهبة قد تكون

لازمة

٢ قوله ويزيد ذلك وبعدا شهادة الخ هكذا فى النسخة المجموع منها ولم يظهر لى معناه فلعل اصل العبارة ويزيد ذلك بعدا شهادة الخ وليحرر اه‍ مصححه

لازمة كهبة محرم والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغني اهـ ملخصا من البحر وفيه ولم ار حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض فان الملك في كل متوقف على القبض وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة ورده المقدسي بأن الاولى تقديم الهبة لكونها مشروعة (قوله ولو أرخت احداهما) اى احدى البينتين (قوله ولو اختلف المملك استويا) لان كلا منهما خصم عن مملكه في اثبات ملكه وهما فيه سواء بخلاف ما اذا اتحد لاحتياجهما الى اثبات السبب وفيه يقدم الاقوى وفي البحر لو ادعى الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة من آخر قضي بينهم أرباعا لانهم يتلقون الملك من مملكهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق اهـ (قوله وهذا) اى استواؤهما فيما لو اختلف المملك وكذا لو كانت العين في ايديهما ولم يسبق تاريخ أحدهما فانهما يستويان كما قدمناه (قوله فيما لا يقسم) كالعبد والدابة (قوله لان الاستحقاق الخ) جواب عما قاله في العمادية من أن الصحيح انهما سواء لان الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن اهـ وأقره في البحر وصدر الشريعة قال المصنف نقلا عن الدرر عده صورة الاستحقاق من امثلة الشيوع الطارئ غير صحيح والصحيح ما في الكافي والفصولين فان الاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستندا الى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طارئا عليها اهـ اى وحيث كان من قبيل المقارن وهو يبطل الهبة اجماعا ينفرد مدعي الشراء بالبرهان فيكون أولى (قوله لا الطارئ) لان الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة بخلاف المقارن (قوله وترجع هي) اى على الزوج (قوله وهو بنصف الثمن) كالرجوع ببعض (قوله لما مر) اى من تفريق الصفقة (قوله فان سبق تاريخ أحدهما) لكن يشترط في الشهادة انه اشترى من فلان وهو يملكها كما في دعوى الحامدية عن البحر معزيا للخزانة الاكمل كذا في الهامش (قوله مغلطا للجامع) أي جامع الفصولين في قوله لو اجتمع نكاح وهبة يمكن أن يعمل بالبينتين لو استويا بأن تكون منكوحة هذا وهبة الآخر بأن يهبه أمته المنكوحة فينبغي أن لا تبطل بينة الهبة حذرا من تكذيب المؤمن وحملا له على الصلاح وكذا الصدقة مع النكاح وكذا الرهن مع النكاح اهـ قال مولانا في بحره وقد كتبت في حاشيته انه وهم لانه فهم أن المراد انهما تنازعا في أمة أحدهما ادعى انها ملكه بالهبة والآخر أنه تزوجها وليس مرادهم ذلك وانما المراد من النكاح المهر كما عبر به في الكتاب وتمامه في المنح (قوله ثم الخ) ذكر هذا في الجامع بحثا كما علمت وقال في البحر ولم أره صريحا (قوله معه) الضمير راجع للقبض (قوله أقوى من الرهن) هذا اذا كانت في يد ثالث س (قوله استويا) بحث فيه العمادي بأن الشيوع الطارئ يفسد الرهن فينبغي أن يقضي بالكل لمدعي الشراء لان مدعي الرهن اثبت رهنا فاسدا فلا تقبل بينته فصار كأن مدعي الشراء انفرد باقامة البينة وتمامه في البحر قلت وعلى ما مر من أن الاستحقاق من الشيوع المقارن ينبغي أن يقضي لمدعي الشراء بالاولى فالحكم بالاستواء على كل من القولين مشكل فليتأمل (قوله غير ذي يد) قيد به لان دعواهما الشراء من صاحب اليد قد مر في صدر الباب س (قوله على ملك مؤرخ) قيد بالملك لانه لو أقاماها على انها في يده منذ سنتين ولم يشهدوا انها له قضي بها للمدعي لانها شهدت باليد لا بالملك بحر (قوله فالسابق أحق) لانه اثبت انه أول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه منح وقيد بالتاريخ منهما لانه اذا لم يؤرخا واستويا فهي بينهما في المسألتين الاوليين وان سبقت احداهما فللسابقة أولى فيهما وان ارخت احداهما فقط فهي للاحق في الثانية لا الاولى وأما في الثانية فالخارج أولى في الصور الثلاث وتمامه في البحر (قوله متفق) صوابه النصب على الحال من فاعل برهنا ح (قوله او مختلف) اى تاريخهما باقاني وان ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر فأقام أحدهما بينة بأنه اشتراه من فلان وهو يملكها وأقام آخر البينة انه اشتراه من فلان آخر وهو يملكها فان القاضي يقضي به بينهما وان وقتا فصاحب الوقت الاول اولى في ظاهر الرواية وعن محمد انه لا يعتبر التاريخ وان ارخ أحدهما دون الآخر يقضي بينهما اتفاقا فان كان لاحدهما قبض فالآخر اولى وان كان البائعان ادعيا ولاحدهما يد فانه يقضى للخارج منهما قاضي خان كذا في الهامش (قوله عيني) ومثله في الزيلعي تبعا للكافي وادعى في البحر أنه سهو وأنه يقدم الاسبق كما في دعوى الشراء من شخص واحد فانه يقدم الاسبق تاريخا ورده الرملي بأنه هو الساهي فان

فلو أرخا واتحد المملك فالاسبق أحق) لقوته (ولو أرخت احداهما فقط فالمؤرخة اولى) ولو اختلف المملك استويا وهذا فيما لا يقسم اتفاقا واختلف التصحيح فيما يقسم كالدار والاصح أن الكل لمدعي الشراء لان الاستحقاق من قبيل الشيوع المقارن لا الطارئ هبة الدرر (والشراء والمهر سواء) فينصف وترجع هي بنصف القيمة وهو بنصف الثمن او يفسخ لما مر (هذا اذا لم يؤرخا وأرخا واستوى تاريخهما فان سبق تاريخ أحدهما كان أحق) قيد بالشراء لان النكاح أحق من هبة أو رهن او صدقة عمادية والمراد من النكاح المهر كما حرره في البحر مغلطا للجامع ثم يستوي النكاح والشراء لو تنازعا في الامة من رجل واحد ولا مرجح فتكون ملكا له منكوحة للآخر فتدبر (ورهن مع قبض أحق من هبة بلا عوض معه) استحسانا ولو به فهي أحق لانها بيع انتهاء والبيع ولو بوجه أقوى من الرهن ولو العين معهما استويا ما لم يؤرخا وأحدهما اسبق (وان برهن خارجان على ملك مؤرخ أو شراء مؤرخ من واحد) غير ذي يد (أو) برهن (خارج على ملك مؤرخ وذو يد على ملك مؤرخ اقدم فالسابق أحق وان برهنا على شراء متفق تاريخهما) او مختلف عيني

وكل يدّعى الشراء (من) رجل (آخر أو وقت أحدهما فقط أستويا) ان تعدد البائع وان اتحد فذو الوقت أحق ثم لا بدّ من ذكر المدّعى وشهوده ما يفيد ملك بائعه ان لم يكن المبيع فى يد البائع ولو شهدوا بيده فقولان بزازية (فان برهن خارج على الملك وذو اليد على الشراء منه أو برهنا على سبب ملك لا يتكرر كالنتاج) وما فى معناه كنسج لا يعاد وغزل قطن (وحلب لبن وجز صوف) ونحوها ولو عند بائعه درر (فذو اليد أحق) من الخارج اجماعا الا اذا ادّعى الخارج عليه فعلا كغصب أو وديعة أو اجارة ونحوها فى رواية درر أو كان سببا يتكرر كبناء وغرس ونسج خز وزرع برّ ونحوه أو اشكل على أهل الخبرة فهو للخارج لانه الاصل وانما عدلنا عنه بحديث النتاج (وان برهن كل) من الخارجين او ذوى الايدى أو الخارج وذى اليد عينى (على الشراء من الآخر بلا وقت سقطا وترك المال) المدّعى به (فى يد من معه) وقال محمد يقضى للخارج قلنا الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك له ولو أثبتا قبضا تهاترتا اتفاقا درر (ولا يرجح بزيادة عدد الشهود) فان الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته ثم فرّع على هذا الاصل بقوله (فلو أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) فى ذلك (وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة) لان المعتبر أصل العدالة اذ لا حدّ للاعدلية

فى المسألة اختلاف الرواية ففى جامع الفصولين لو برهنا على الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما اسبق اختلفت الروايات فى الكتب فما ذكر فى الهداية يشير الى أنه لا عبرة لسبق التاريخ وفى المبسوط ما يدل على أن الاسبق اولى ثم رجح صاحب جامع الفصولين الاوّل اهـ ملخصا قلت وفى نور العين عن قاضى خان ادّعيا شراء من اثنين يقضى به بينهما نصفين وان أرّخا وأحدهما اسبق فهو أحق فى ظاهر الرواية وعن محمد لا يعتبر التاريخ يعنى بينهما وان أرّخ أحدهما فقط يقضى به بينهما نصفين وفاقا فلو لاحدهما يد فالخارج أولى ثم قال فى نور العين فما فى المبسوط يؤيده ما فى قاضى خان انه ظاهر الرواية وما فى الهداية اختيار قول محمد ثم قال ودليل ما فى المبسوط وقاضى خان وهو أن الاسبق تاريخا يضيف الملك الى نفسه فى زمان لا ينازعه غيره أقوى من دليل ما فى الهداية وهو أنهما يثبتان الملك لبائعهما فكأنهما حضرا وادّعيا الملك بلا تاريخ ووجه قوة الاول غير خاف على من تأمّل اهـ وكذا بحث فى دليل ما فى الهداية فى الحواشى السعدية فراجعها وبه علم أن تقييد المصنف باتفاق التاريخ مبنىّ على ظاهر الرواية فهو أولى مما فعله الشارح وان وافق الكافى والهداية وأما الحكم عليه بالسهو كما فى البحر فما لا ينبغى (قوله من رجل آخر) أى غير الذى يدّعى الشراء منه صاحبه زيلعى (قوله استويا) لانهما فى الاولى يثبتان الملك لبائعهما فكأنهما حضرا ولو وقت أحدهما فتوقيته لا يدل على تقدّم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدّمه شراء غيره بحر ثم قال واذا استويا فى مسألة الكتاب يقضى به بينهما نصفين ثم يخير كل واحد منهما ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك اهـ (قوله ملك بائعه) بأن يشهدوا انه اشتراها من فلان وهو يملكها بحر (قوله او برهنا) اى الخارج وذو اليد وفى البحر اطلقه فشمل ما اذا ارّخا واستوى تاريخهما وسبق أو لم يؤرّخا أصلا أو ارّخت احداهما فلا اعتبار بالتاريخ مع النتاج الا من أرّخ تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سنّ المدّعى وقت ذى اليد ووافق وقت الخارج فحينئذ يحكم للخارج ولو خالف سنه الوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ ويترك فى يد ذى اليد على ما كان كذا فى رواية وهو بينهما نصفين فى رواية كذا فى جامع الفصولين وفيه برهن الخارج أن هذه امته وولدت هذا القنّ فى ملكى وبرهن ذو اليد على مثله يحكم بها للمدّعى لانهما ادّعيا فى الامة ملكا مطلقا فيقضى بها للمدّعى ثم يستحق القنّ تبعا اهـ وبهذا ظهر أن ذا اليد انما يقدّم فى دعوى النتاج على الخارج اذا لم يتنازعا فى الامّ أما لو تنازعا فى ملك مطلق وشهدوا به وبنتاج ولدها فانه لا يقدّم وهذه يجب حفظها اهـ (قوله كالنتاج) هو ولادة الحيوان من تحت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما فى المغرب والمراد ولادته فى ملكه او فى ملك بائعه او مورّثه وبيانه فى البحر (قوله فعلا) أى وان لم يدّع الخارج النتاج تأمل (قوله فى رواية) الاولى أن يقول فى قول كما فى الشرنبلالية (قوله درر) اقتصر عليها الزيلعى وصاحب البحر وشرّاح الهداية ويؤيده ما كتبناه فيما يأتى تحت قول المصنف فلو لم يؤرّخا قضى بها لذى اليد قال الزيلعى بعد تعليل تقديم ذى اليد فى دعوى النتاج بأن اليد لا تدل على اوّلية الملك فكان مساويا للخارج فيها فباثباتها يندفع الخارج وبينة ذى اليد مقبولة للدفع ولا يلزم ما اذا ادّعى الخارج الفعل على ذى اليد حيث تكون بينته ارجح وان ادّعى ذو اليد النتاج لانه فى هذا اكثر اثباتا لاثباتها ما هو غير ثابت أصلا اهـ ملخصا ويستثنى أيضا ما اذا تنازعا فى الامّ كما مرّ وما اذا ادّعى الخارج اعتاقا مع النتاج وبيانه فى البحر (قوله ونسج خز) قال فى الكفاية الخز اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو نسج فاذا بلى يغزل مرّة ثانية ثم ينسج اهـ عزمى كذا فى الهامش (قوله بحديث النتاج) هو ما روى جابر بن عبد الله رضى الله عنه انّ رجلا ادّعى ناقة فى يد رجل وأقام البينة انها ناقته نتجت عنده وأقام الذى هى فى يده البينة انها ناقته نتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده وهذا حديث صحيح مشهور فصارت مسألة النتاج مخصوصة بحر (قوله من الآخر) أى من خصمه الآخر (قوله بلا وقت) فلو وقتا يقضى لذى الوقت الآخر بحر (قوله وقال محمد يقضى للخارج) لانّ العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع وتمامه فى البحر (قوله بالملك له) فصار كأنهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا هنا (قوله تهاترتا) لانّ الجمع غير ممكن بحر وهذا فى غير العقار وبيانه فى البحر أيضا (قوله فهما سواء فى ذلك) قال شيخ مشايخنا ينبغى أن يقيد ذلك بما اذا لم يصل الى حدّ التواتر

فانه

(ودار في يد اثنين ادّعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللاول ربعها والباقي للآخر بطريق المنازعة) وهو أنّ النصف سالم لمدّعى الكل بلا منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف (وقالا الثلث له والباقي للثاني بطريق العول) لانّ في المسألة كلا ونصفا فالمسألة من اثنين وتعول الى ثلاثة واعلم أنّ انواع القسمة أربعة * مايقسم بطريق العول اجماعا وهو ثمان ميراث وديون ووصية ومحاباة ودراهم مرسلة وسعاية وجناية رقيق * وبطريق المنازعة اجماعا وهو مسألة الفضوليين * وبطريق المنازعة عنده والعول ٤٤١ عندهما وهو ثلاث مسائل مسألة الكتاب واذا أوصى لرجل بكل ماله أو بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك * وبطريق العول عنده والمنازعة عندهما وهو خمس كما بسطه الزيلعي والعيني وتمامه في البحر والاصل عنده أنّ القسمة متى وجبت لحق ثابت في عين أو ذمّة شائعا فعولية أو مميزا أو لاحدهما شائعا وللآخر في الكل فمنازعة وعندهما متى ثبتا معا على الشيوع فعولية والا فمنازعة فليحفظ (ولو الدار في أيديهما فهي للثاني) نصف لا بالقضاء ونصف به لانه خارج ولو في يد ثلاثة وادّعى أحدهم كلها وآخر نصفها وآخر ثلثها وبرهنوا قسمت عنده بالمنازعة وعندهما بالعول وبيانه في الكافي (ولو برهنا على نتاج دابة) في ايديهما أو أحدهما او غيرهما (وأرّخا قضى لمن وافق سنها تاريخه) بشهادة الظاهر (فلو لم يؤرّخا قضى بها لذى اليد ولهما ان في ايديهما او في يد ثالث وان لم يوافقهما) بأن خالف أو أشكل (فلهما ان كانت في ايديهما او كانا خارجين فان في يد أحدهما قضى بها له) هو الاصح قلت وهذا أولى مما وقع في الكنز والدرر والملتقى فتبصر

فانه حينئذ يفيد العلم فلا ينبغي أن يجعل كالجانب الآخر اه أقول ظاهر مافي الشمني والزيلعي يفيد ذلك حيث قال ولنا أن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوّتها بأن يكون أحدهما متواترا والآخر آحادا أو يكون أحدهما مفسرا والآخر مجملا فيترجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد اه بيرى (قوله بطريق المنازعة) اعلم أنّ أبا حنيفة رحمه الله اعتبر في هذه المسألة طريق المنازعة وهو أنّ النصف سالم لمدّعى الكل بلا منازعة فيبقى النصف الآخر وفيه منازعتهما على السواء فيتنصف فلصاحب الكل ثلاثة أرباع ولصاحب النصف الربع وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة وانما سمى بهذا لانّ في المسألة كلا ونصفا فالمسألة من اثنين وتعول الى ثلاثة فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا هو العول وأما المضاربة فانّ كل واحد يضرب بقدر حقه فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب الثلثان في الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث في الدار فحصل ثلث الدار لانّ ضرب الكسور بطريق الاضافة فانه اذا ضرب الثلث في الستة معناه ثلث الستة وهو اثنان منح (قوله ومحاباة) الوصية بالمحاباة اذا أوصى بأن يباع العبد الذى قيمته ثلاثة الاف درهم من هذا الرجل بألفى درهم وأوصى لآخر أن يباع العبد الذى يساوى ألفى درهم بألف درهم حتى حصلت المحاباة لهما بألفى درهم كان الثلث بينهما بطريق العول والوصية بالدراهم المرسلة اذا اوصى لرجل بألف ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول والوصية بالعتق اذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية اه ح كذا في الهامش وفيه مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت القيمة الى أولياء الجناية كانت القيمة بينهما بطريق العول وأمّا ما يقسم بطريق المنازعة عندهم فمسألة واحدة ذكرها في الجامع فضولى باع عبدا من رجل بألف درهم وفضولى آخر باع نصفه من آخر بخمسمائة فأجاز المولى البيعين جميعا يخير المشتريان فاذا اختارا الاخذ أخذا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لمشترى الكل وربعه لمشترى النصف عندهم جميعا وفي البحر عبد فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما يقسم الجانى بينهما بطريق العول ثلثاه لولى القتيل وثلثه للآخر بحر اه قال المؤلف رحمه الله وأسقط ابن وهبان الوصية بالعتق وبها تم الثمان (قوله لانه خارج) لانّ مدّعى النصف تنصرف دعواه الى ما في يده ولا يدّعى شيأ مما في يد صاحبه (قوله وبيانه في الكافي) ذكره في غرر الافكار فراجعه (قوله ولو برهنا) يتصوّر هذا بأن رأى الشاهدان انه ارتضع من لبن انثى كانت في ملكه وآخران رأيا انه ارتضع من لبن انثى في ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين بحر عن الخلاصة وقدمنا أنه لا اعتبار بالتاريخ مع النتاج الا من ارّخ تاريخا مستحيلا الخ فتأمل (قوله لذى اليد) هذا قيد لما اذا ادّعى كل منهما النتاج فقط اذ لو ادّعى الخارج الفعل على ذى اليد كالغصب والاجارة والعارية فبينة الخارج اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الفعل على ذى اليد كما في البحر عن الزيلعي ونقله في نور العين عن الذخيرة على خلاف ما في المبسوط وقال الظاهر أنّ ما في الذخيرة هو الاصح والارجح لما في الخلاصة عن كتاب الولاء لخواهرزاده أنّ ذا اليد اذا ادّعى النتاج وادّعى الخارج انه ملكه غصبه منه ذو اليد أو أودعه له أو أعاره منه كانت بينة الخارج أولى وانما تترجح بينة ذى اليد على النتاج اذا لم يدّع الخارج فعلا على ذى اليد أما لو ادّعى فعلا كالشراء وغيره لك فبينة الخارج اولى لانها اكثر اثباتا لانها تثبت الفعل عليه اه وانظر ايضا ما كتبناه قريبا بنحو ورقة (قوله مما وقع في الكنز) حيث قال وان أشكل فلهما لان قوله وان لم يوافقهما أعمّ من قول الكنز وكذا قول الكنز فلهما مقيد بما اذا لم تكن في يد أحدهما وعبارة الملتقى والغرر وان أشكل فلهما وان خالفهما بطل قال الشارح في شرح الملتقى فيقضى لذى اليد قضاء ترك كذا اختاره في الهداية والكافي قلت لكن الاصح أنه كالمشكل كما جزم به في التنوير والدرر والبحر وغيرها فليحفظ اه قلت نقل الشرنبلالى عن كافي الحاكم أن

الاول هو الصحيح للتيقن بكذب البينتين فيترك في يد ذي اليد وقال ومحصلها اختلاف التصحيح (قوله من زيد) هكذا وقع في النسخ وصوابه على الغصب من يده أي من يد أحد الخارجين قال الزيلعي في المنح معناه اذا كانت عين في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب منه والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفين لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان مدني والظاهر أنه أراد على الغصب الناشئ من زيد فزيد هو الغاصب فمن ليست صلة الغصب بل ابتدائية تأمل (قوله الشهادة) فيسأل عن الشاهد اذا طعن الخصم بالرق لا ان لم يطعن فلا يقبل قوله أنا حر بالنسبة اليها ما لم يبرهن واذا قذف ثم زعم أن المقذوف عبد لا يحد حتى يثبت المقذوف حريته بالحجة وكذا لو قطع يد انسان وكذا لو قتله خطأ وزعمت العاقلة أن المقتول عبد ط (قوله والدية) الثلاث بمعنى واحد في المآل (قوله واللابس للثوب) قال الشيخ قاسم فيقضى له قضاء ترك لا استحقاق حتى لو أقام الآخر البينة بعد ذلك يقضى له شرنبلالية (قوله ومن في السرج) نقل الناطفي هذه الرواية عن النوادر وفي ظاهر الرواية هي بينهما نصفين أقول لكن في الهداية والملتقى مثل ما في المتن فتنبه بخلاف ما اذا كانا راكبين في السرج فانها بينهما قولا واحدا كما في الغاية ويؤخذ منه اشتراكهما اذا لم تكن مسرجة شرنبلالية (قوله وذو حملها أولى ممن علق كوزه) احتراز عما لو كان له بعض حملها اذ لو كان لاحدهما من والآخر مائة من كانت بينهما كما في التبيين (قوله لا هدبته) يقال له بالتركي سجق سعدية (قوله بخلاف جالسي دار) كذا قال في العناية ويخالفه ما في البدائع لو ادعيا دارا وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن وكذلك لو كان أحدهما أحدث فيها شيئا من بناء او حفر فهي له وان لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج عنها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعا فيها لان اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وانما تثبت بالتصرف اه (تنبيه) قال في البدائع كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى في يده يجب عليه اليمين لصاحبه اذا طلب فان نكل قضى عليه به شرنبلالية (قوله وهنا علم) أي في الجلوس على البساط والاولى وهناك قال الزيلعي وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال انها في يد غيرهما وهنا علم انه ليس في يد غيرهما اه (قوله لمن جذوعه عليه) ولو كان لاحدهما جذع او جذعان دون الثلاثة وللآخر عليه ثلاثة أجذاع او اكثر ذكر في النوازل أن الحائط يكون لصاحب الثلاثة ولصاحب ما دون الثلاثة موضع جذعه قال وهذا استحسان وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وقال ابو يوسف ان القياس أن يكون الحائط بينهما نصفين وبه كان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول أولا ثم رجع الى الاستحسان قاضي خان في دعوى الحائط والطريق وبه افتى الحامدي واذا لزم تعميره فعلى صاحب الخشبة عمارة موضعها كما في الحامدية يعني ما تحتها من أسفل الى الاعلى مما شأنه أن تكتفي به الخشبة كما ظهر لي سائحاني ثم قال وفي البزازية جدار مشترك بين اثنين لاحدهما عليه حمولة للآخر أن يضع عليه مثل صاحبه ان كان الحائط يحتمل والا يقال لذي الجذوع ان شئت فارفعها ليستوي صاحبك وان شئت فحط بقدر ما يمكن حمل الشريك اه ملخصا وفي البزازية أيضا جدار بينهما أراد أحدهما أن يبني عليه سقفا آخر أو غرفة يمنع وكذا اذا أراد أحدهما وضع السلم يمنع الا اذا كان في القديم اه حامدية وأفتى فيها بخلافه نقلا عن العمادية فراجعها (قوله أو متصل به اتصال تربيع) ثم في اتصال التربيع هل يكفي من جانب واحد فعلى رواية الطحاوي يكفي وهذا أظهر وان كان في ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الاربع ولو أقاما البينة قضى لهما ولو أقام أحدهما البينة قضى له خلاصة حامدية كذا في الهامش وان كان كلا الاتصالين اتصال تربيع او اتصال مجاورة يقضى بينهما وان كان لاحدهما تربيع وللآخر ملازقة يقضى لصاحب التربيع وان كان لاحدهما تربيع وللآخر عليه جذوع فصاحب الاتصال اولى وصاحب الجذوع أولى من اتصال الملازقة ثم في اتصال التربيع هل يكفي من جانب واحد فعلى رواية الطحاوي يكفي وهذا أظهر وان كان في ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الاربع ولو أقاما البينة قضى لهما ولو أقام أحدهما البينة قضى له خلاصة وبزازية كذا بخط منلا علي (قوله في لبنات الآخر) انظر ما في الزيلعي عن الكرخي وقد أشبع الكلام هنا رحمه الله (قوله أو نقب) أي بأن ثقب وأدخلت الخشبة وهذا فيما لو كان من خشب (قوله أو هرادي) الهرادي جمع هردية قصبات تضم ملوية

(برهن احد الخارجين على الغصب) من زيد (والآخر على الوديعة) منه (استويا) لانها بالجحد تصير غصبا (الناس أحرار) بلا بيان (الا في) أربع (الشهادة والحدود والقصاص والقتل) كذا في نسخة المصنف وفي نسخة والعقل وعبارة الاشباه والدية وحينئذ (فلو ادعى على مجهول الحال) أحر أم لا (انه عبده فأنكر وقال أنا حر الاصل فالقول له) لتمسكه بالاصل (واللابس) للثوب (أحق من آخذ الكم والراكب) أحق (من آخذ اللجام ومن في السرج من رديفه وذو حملها ممن علق كوزه بها) لانه أكثر تصرفا (والجالس على البساط والمتعلق به سواء) كجالسيه وراكبي سرج (كمن معه ثوب وطرفه مع الآخر لا هدبته) أي طرته الغير المنسوجة لانها ليست بثوب (بخلاف جالسي دار تنازعا فيها) حيث لا يقضى لهما لاحتمال انها في يد غيرهما وهنا علم انه ليس في يد غيرهما عيني (الحائط لمن جذوعه عليه أو متصل به اتصال تربيع) بأن تتداخل أنصاف لبناته في لبنات الآخر ولو من خشب فبأن تكون الخشبة مركبة في الاخرى لدلالته على انهما بنيا معا ولذا سمي بذلك لانه حينئذ يبنى مربعا (لا لمن له) اتصال ملازقة او نقب وادخال او (هرادي) كقصب وطبق يوضع على الجذوع (بل) يكون (بين الجارين لو تنازعا) ولا يختص به صاحب الهرادي بل صاحب الجذع الواحد أحق منه خانية

(٢) قوله ثم في اتصال التربيع الخ هو مكرر مع ما في صدر القولة اه مصححه

ولولاحدهماجذوع وللآخر اتصال فلذي الاتصال وللآخر حق الوضع وقيل لذي الجذوع ملتقى وتمامه في العيني وغيره وأما حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعديا فلا يسقط بابراء ولا صلح وعفو وبيع واجارة أشباه من أحكام الساقط لا يعود فليحفظ (وذو بيت من دار) فيها بيوت كثيرة (كذى بيوت) منها (في حق ساحتها فهي بينهما نصفين) كالطريق (بخلاف الشرب) اذا تنازعا فيه (فانه يتقدر بالارض) بقدر سقيها (برهنا) أي الخارجان (على يد) لكل منهما (في أرض قضى بيدهما) فتنصف (ولو برهن عليه) أي على اليد (أحدهما أو كان تصرف فيها) بأن لبن أو بنى (قضى بيده) لوجود تصرفه (ادعى الملك في الحال وشهد الشهود أن هذا العين كان ملكه تقبل) لان ما ثبت في زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل درر (صبي يعبر عن نفسه) أي يعقل ما يقول (قال أنا حر فالقول له) لانه في يد نفسه كالبالغ (فان قال أنا عبد فلان) لغير ذي اليد (قضى به لذي اليد) كمن لا يعبر عن نفسه لاقراره بعدم يده (فلو كبر وادعى الحرية تسمع مع البرهان) لما تقرر أن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى

(باب دعوى النسب)

بطاقات من أقلام يرسل عليها قضبان الكرم كذا في الهامش وفي منوّات العزمية الهردية بضم الهاء وسكون الراء المهملة وكسر الدال المهملة وللياء المشددة والهرادي بفتح الهاء وكسر الدال اهـ (قوله ولولاحدهما جذوع) قال منلا على وان كانت جذوع أحدهما أسفل وجذوع الآخر أعلى بطبقة وتنازعا في الحائط فانه لصاحب الاسفل لسبق يده ولا ترفع جذوع الاعلى عمادية في الفصل الخامس والثلاثين ومثله في الفصولين (قوله واجارة) اى اجارة داره (قوله اشباه من احكام الساقط لا يعود) رجل استأذن جارا له في وضع جذوع له على حائط الجار أو في حفر سرداب تحت داره فاذن له في ذلك ففعل ثم ان الجار باع داره فطلب المشتري رفع الجذوع والسرداب كان له ذلك الا اذا البائع شرط في البيع ذلك فحينئذ لا يكون للمشتري أن يطلب ذلك قاضي خان من باب ما يدخل في البيع تبعا من الفصل الاول ومثله في البزازية من القسمة وفي الاشباه من العارية وراجع السيد أحمد محشيه منلا على والمسألة ستأتي في العارية (قوله في حق ساحتها) اذا لم يعلم قدر الانصباء منية المفتي (قوله كالطريق) الطريق يقسم على عدد الرؤس لا بقدر مساحة الاملاك اذا لم يعلم قدر الانصباء وفي الشرب متى جهل قدر الانصباء يقسم على عدد الاملاك لا الرؤس منية (فرع) الساباط اذا كان على حائط انسان فانهدم الحائط ذكر صاحب الكتاب أن حمل الساباط وتعليقه على صاحب الحائط لان حمله مستحق عليه وبه كان يفتي ابو بكر الخوارزمي ويريد به أنه يملك مطالبته ببناء الحائط اهـ من الفصل الثالث من كتاب الحيطان لقاسم بن قطلوبغا اهـ من مراصد الحيطان وقوله ويريد به الخ اى بقوله لان حمله الخ كذا ظهر لي فتأمل وانظر ما كتبناه في متفرقات القضاء (قوله بخلاف الشرب) دار فيها عشرة أبيات لرجل وبيت واحد لرجل تنازعا في الساحة او ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر تنازعا فيه فذلك بينهما نصفان ولا يعتبر بفضل اليد كما لا اعتبار بفضل الشهود ولبطلان الترجيح بكثرة الادلة بزازية من الفصل الثالث عشر وبه علم أن ذلك حيث جهل اصل الملك أما لو علم كما لو كانت الدار المذكورة كلها لرجل ثم مات عن اولاد تقاسموا البيوت منها فالساحة بينهم على قدر البيوت (قوله بقدر سقيها) فعند كثرة الاراضي تكثر الحاجة اليه فيتقدر بقدر الاراضي بخلاف الانتفاع بالساحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمرور في الطريق زيلعي واعلم أن القسمة على الرؤس في الساحة والشفعة وأجرة القسام والنوائب اى الهوائية المأخوذة ظلما والعاقلة وما يرمى من المركب خوف الغرق والطريق كذا بخط الشيخ شاهين أبو السعود (قوله أي الخارجان) كذا في الدرر والمنح وعبارة الهداية والزيلعي كغيرهما تفيد أنهما ذوا يد وفي الفصولين ادعى كل منهما انه له وفي يده ذكر محمد في الاصل أن على كل منهما البينة والا فاليمين اذ كل منهما مقر بتوجه الخصومة عليه لما ادعى اليد لنفسه فلو برهن أحدهما حكم له باليد ويصير مدعى عليه والآخر مدعيا ولو برهنا يجعل المدعى في يدهما لتساويهما في اثبات اليد وفي دعوى الملك في العقار لا تسمع الا على ذي اليد ودعوى اليد تقبل على غير ذي اليد لو نازعه ذلك الغير في اليد فيجعل مدعيا لليد مقصودا ومدعيا للملك تبعا اهـ وفي الكفاية وذكر التمرتاشي فان طلب كل واحد يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض باليد لهما وبرئ كل عن دعوى صاحبه ووقف الدار الى أن يظهر الحال فان نكلا قضى لكل بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه بنكوله وان كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لان نكوله ليس بحجة في حق الثالث اهـ فعلم أن الخارجين قيد اتفاقي فالاولى حذفه (قوله قضى به) لا يقال الاقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبي لانا نقول لم يثبت بقوله بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض ولا نسلم أنه من المضار لامكان التدارك بعده بدعوى الحرية ولا يقال الاصل في الآدمي الحرية فلا تقبل الدعوى بلا بينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط لا يقبل قول الملتقط انه عبده وان كان في يده لانا نقول اذا اعترض على الاصل دليل خلافه بطل وثبوت اليد دليل الملك ولا نسلم أن اللقيط اذا عبر عن نفسه وأقر بالرق يخالفه في الحكم وان لم يعبر فليس في يد الملتقط من كل وجه لانه أمين زيلعي ملخصا

(باب دعوى النسب)

وجزم به المصنف ثم قال وحيلة اسقاط دعوى البائع أن يقرّ البائع انه ابن عبده فلان فلا تصح دعواه أبدا مجتبى وقد أفاده بقوله (قال) عمرو (لصبيّ معه) أو مع غيره عبيّ (هو ابن زيد) الغائب (ثم قال هو ابني لم يكن ابنه) أبدا (وان) وصلية (جحد زيد بنوّته) خلافا لهما لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته حتى لو صدّقه بعد تكذيبه صح ولذا لو قال لصبيّ هذا الولد مني ثم قال ليس مني لا يصح نفيه لانه بعد الاقرار به لا ينتفي بالنفي فلا حاجة الى الاقرار به ثانيا ولا سهو في عبارة العمادي كما زعمه منلا خسرو كما أفاده الشرنبلالي وهذا اذا صدّقه الابن وأما بدونه فلا الا اذا عاد الابن الى التصديق لبقاء اقرار الاب ولو انكر الاب الاقرار فبرهن عليه الابن قبل وأما الاقرار بأنه أخوه فلا يقبل لانه اقرار على الغير (فروع) لو قال لست وارثه ثم ادّعى انه وارثه وبين جهة الارث صح ٤٤٦ اذ التناقض في النسب عفو ولو ادّعى بنوّة العم لم يصح ما لم يذكر اسم الجد ولو برهن

انه أقرّ أني ابنه تقبل لثبوت النسب باقراره ولا تسمع الا على خصم هو وارث أو دائن أو مديون أو موصى له ولو أحضر رجلا ليدّعي عليه حقا لابيه وهو مقرّ به أولا فله اثبات نسبه بالبينة عند القاضي بحضرة ٢ ذلك الرجل ولو ادّعى ارثا عن أبيه فلو أقرّ به أمر بالدفع اليه ولا يكون قضاء على الاب حتى لو جاء حيا يأخذه من الدافع والدافع على الابن ولو أنكر قيل للابن برهن على موت أبيك وأنك وارثه ولا يمين والصحيح تحليفه على العلم بأنه ابن فلان وانه مات ثم يكلف الابن بالبينة بذلك وتمامه في جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين (ولو كان) الصبيّ (مع مسلم وكافر فقال المسلم هو عبدي وقال الكافر هو ابني فهو حرّ ابن الكافر) لنيله الحرية حالا والاسلام مآلا لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلما لان حكمه حكم دار الاسلام وعزاه للتحفة فليحفظ (قال زوج امرأة لصبيّ معهما هو ابني من غيرها وقالت هو ابني من غيره فهو ابنهما) ان ادّعيا معا والا ففيه تفصيل ابن كمال

٢ قوله اما بمعنى تصديق الخ هكذا في النسخة المجموع منها ولا تخلو العبارة عن تأمل ولعل فيها تحريفا والاصل أما بدون تصديق فلا يثبت النسب واذا لم يصدّقه الخ ولتراجع عبارة الفصولين اهـ مصححه

باع حرّا عبيّ (قوله أبدا) أي وان جحد العبد (قوله خلافا لهما) هما قالا اذا جحد زيد بنوّته فهو ابن للمقرّ واذا صدّقه زيد أو لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقرّ عندهم درر (قوله بعد ثبوته) وهنا ثبت من جهة المقرّ للمقرّ له (قوله حتى لو صدّقه) أي صدّق المقرّ له المقرّ وفي التفريع خفاء وعبارة الدرر موله أي لابي حنيفة أن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتدّ بالردّ اذا تعلق به حق المقرّ له ولو صدّقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وأيضا تعلق به حق الولد فلا يرتدّ بردّ المقرّ له فظهر أنه متفرع على تعلق حق المقرّ له به (قوله لا ينتفي بالنفي) وهذا اذا صدّقه الابن أما بمعنى تصديق فلا يثبت النسب اذا لم يصدّقه الابن ثم صدّقه تثبت البنوّة لان اقرار الاب لم يبطل بعدم تصديق الابن فصولين قال جامعه أظن أن هذه القولة مشطوب عليها فلتعلم (قوله في عبارة العمادي) عبارته هذا الولد ليس مني ثم قال هو مني صح اذ باقراره بأنه منه ثبت نسبه فلا يصح نفيه ففيها سهو كما قال منلا خسرو لانه ليس في العبارة سبق الاقرار على النفي اهـ كذا في الهامش (قوله كما زعمه) تمثيل للمنفي وقوله كما أفاده تمثيل للنفي قال في الهامش وهو عدم السهو ونصه والذي يظهر لي أن اللفظة الثالثة وهي قوله هو مني صح ليس له فائدة في ثبوت صحة النسب لانه بعد الاقرار به أولا لا ينتفي بالنفي فلا يحتاج الى الاقرار به بعده فليتأمل (قوله اذ التناقض الخ) ذكر في الدرر في فصل الاستشراء فوائد جمة فراجعها (قوله اسم الجد) بخلاف الاخوة فانها تصح بلا ذكر الجد كما في الدرر واعلم أن دعوى الاخوة ونحوها مما لو أقرّ به المدّعى عليه لا يلزمه لا تسمع ما لم يدّع قبله مالا قال في الولوالجية ولو ادّعى انه أخوه لابويه فجحد فان القاضي يسأله ألك قبله ميراث تدّعيه أو نفقة أو حق من الحقوق التي لا يقدر على أخذها الا باثبات النسب فان كان كذلك يقبل القاضي بينته على اثبات النسب والا فلا خصومة بينهما لانه اذا لم يدّع مالا لم يدّع حقا لان الاخوة المجاورة بين الاخوين في الصلب أو الرحم ولو ادّعى انه أبوه وأنكر فأثبته يقبل وكذا عكسه وان لم يدّع قبله حقا لانه لو أقرّ به صح فينتصب خصما وهذا لانه يدّعي حقا فان الابن يدّعي حق الانتساب اليه والاب يدّعي وجوب الانتساب الى نفسه شرعا وقال عليه السلام من انتسب الى غير أبيه أو انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين اهـ ملخصا وتمامه فيها وفي البزازية (قوله الى ابنه) مكرّر مع ما قدّمه قريبا (قوله ولا تسمع) أي بينة الارث كما في الفصولين (قوله أو دائن) انظر ما صورته ولعل صورته أن يدّعي دينا على الميت وينصب له القاضي من يثبت في وجهه دينه فحينئذ يصير خصما المدّعي الارث ومثل ذلك يقال في الموصى له تأمل (قوله أو موصى له) أو الوصيّ بزازية كذا في الهامش (قوله فلو أقرّ) أي المدّعى عليه وقوله به أي بالبنوّة وبالموروث (قوله ولو أنكر) أي المدّعى عليه (قوله تحليفه) أي المنكر (قوله على العلم) أي على نفي العلم بأن يقول والله لا أعلم انه ابن فلان الخ (قوله بأنه ابن فلان) الظاهر أن تحليفه على انه ليس بابن فلان انما هو اذا أثبت المدّعي الموت والا فلا فائدة في تحليفه الا على عدم العلم بالموت تأمل (قوله بذلك) أي بالمال الذي أنكره أيضا (قوله السابع والعشرين) صوابه الفصل الثامن والعشرين كذا في الهامش (قوله وقال الكافر هو ابني) قال في شرح الملتقى وهذا اذا ادّعياه معا فلو سبق دعوى المسلم كان عبده ولو ادّعيا البنوّة كان ابنا للمسلم اذ القضاء بنسبه من المسلم قضاء باسلامه (قوله والاسلام مآلا) لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل وفي العكس يثبت الاسلام تبعا ولا يحصل له الحرية مع العجز عن تحصيلها درر (قوله لكن جزم الخ) فيه انه لا عبرة للدار مع وجود أحد الابوين ح قلت يخالفه ما ذكروا في اللقيط لو ادّعاه ذمي يثبت نسبه منه وهو مسلم تبعا للدار وقدّمنا في كتابه عن الولوالجية (قوله بأنه يكون مسلما) أي وابنا للكافر (قوله معهما) أي في يدهما احترز به عما لو كان في يد أحدهما قال في التاترخانية وان كان الولد في يد

وهذا (لوغيرمعبر والا) بان كان معبرا (فهو لمن صدقه) لان قيام أيديهما وفراشهما يفيد أنه منهما (ولو ولدت امة اشتراها فاستحقت غرم الاب قيمة الولد) يوم الخصومة لانه يوم المنع (وهو حرّ) لانه مغرور والمغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق فلذا قال (وكذا) الحكم (لوملكها بسبب اخر) أى سبب كان عيني (كما لوتزوجها على انها حرة فولدت له ثم استحقت) غرم قيمة ولده (فان مات الولد قبل الخصومة فلا شئ على أبيه) لعدم المنع كما مرّ (وارثه له) لانه حرّ الاصل فى حقه فيرثه (فان قتله أبوه أوغيره) وقبض الاب من ديته قدر قيمته (غرم الاب قيمته) للمستحق كما لوكان حيا ولولم يقبض شيأ لاشئ عليه وان قبض أقل لزمه بقدره عيني (ورجع بها) أى بالقيمة فى الصورتين (كـ) ما يرجع (بـ) ـ (ثمنها) ولو هالكة (على بائعها) وكذا لو استولدها المشترى الثانى لكن انما يرجع المشترى الاول على البائع الاول بالثمن فقط كما فى المواهب وغيرها (لابعقرها) الذى أخذه منه المستحق للزومه باستيفاء منافعها كما مرّ فى بابى المرابحة والاستحقاق مع مسائل التناقض وغالبها مرّ فى متفرقات القضاء ويجئ فى الاقرار (فروع) التناقض فى موضع الخفاء عفو * لاتسمع الدعوى على غريم ميت الا اذا وهب جميع ماله لاجنبى وسلمه له فانها تسمع عليه لكونه زائدا لايجوز للمدعى عليه الانكار مع علمه بالحق الا فى دعوى العيب ليبرهن فيتمكن من الرد وفى الوصى اذا علم بالدين لايحلف مع البرهان الا فى ثلاث دعوى دين على ميت واستحقاق مبيع ودعوى ابق * الاقرار لايجامع البينة

الزوج أويد المرأة فالقول للزوج فيهما وقيد باسناد كل منهما الولد الى غير صاحبه لما فيها أيضا عن المنتقى صبى فى يد رجل وامرأة قالت المرأة هذا ابنى من هذا الرجل وقال ابنى من غيرها يكون ابن الرجل ولا يكون للمرأة فان جاءت بامرأة شهدت على ولادتها اياه كان ابنهما منه وكانت زوجته بهذه الشهادة وان كان فى يده وادعاه وادعت امرأته انه ابنها منه وشهدت المرأة على الولادة لايكون ابنها منه بل ابنه لانه فى يده واحترز عما فيها أيضا صبى فى يد رجل لايدعيه اقامت امرأة انه ابنها ولدته ولم تسم أباه وأقام رجل انه ولد فى فراشه ولم يسم أمه يجعل ابنه من هذه المرأة ولا يعتبر الترجيح باليد كما لو ادعاه رجلان وهو فى يد أحدهما فانه يقضى لذى اليد (قوله لان) تعليل للمسألة الاولى فكان الاولى تقديمه على قوله والا (قوله ولو ولدت أمة) أى من المشترى وادعى الولد حموى (قوله يوم الخصومة) أى لايوم القضاء كما فى الشرنبلالية واليه يشير قوله لانه يوم المنع وتمامه فى الشرنبلالية (قوله أى سبب كان) كبدل أجرة دار وكهبة وصدقة ووصية الا أن المغرور لايرجع بما ضمن فى الثلاث كما فى أبى السعود (قوله غرم قيمة ولده) أى ولا يرجع بذلك على المخبر كما مرّ فى آخر باب المرابحة (قوله فيرثه) ولا يغرم شيأ لان الارث ليس بعوض عن الولد فلا يقوم مقامه فلا تجعل سلامة الارث كسلامته (قوله بالقيمة) يعنى فى صورة قتل غير الاب أما اذا قتله الاب كيف يرجع بما غرم وهو ضمان اتلافه وقد صرح الزيلعى بذلك أى بالرجوع فيما اذا قتله غيره وبعدمه بقتله اه شرنبلالية وعلى هذا فقول الشارح فى الصورتين معناه فى صورة قبض الاب من ديته قدر قيمته وصورة قبضه أقل منها أو المراد صورتا الشراء والزواج كما نقل عن المقدسى قال السائحانى قوله فى الصورتين أى الشراء والزواج ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصى بشئ من قيمة الاولاد مقدسى اه (قوله وكذا الخ) أى فانه يرجع على المشترى الاول بالثمن وقيمة الولد (قوله منافعها) أى بالوطء (قوله عفو) فى الاشباه يعذر الوارث والوصى والمتولى للجهل اه لعله لجهله بما فعله المورث والموصى والمولى وفى دعوى الانقروى فى التناقض المديون بعد قضاء الدين والمختلعة بعد أداء بدل الخلع لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع وبرهن على ابراء الدين يقبل لكن نقل انه اذا استمهل فى قضاء الدين ثم ادعى الابراء لايسمع سائحانى (قوله لاتسمع الدعوى) أى ممن له دين على الميت (قوله على غريم ميت) الظاهر أن المراد منه مديون الميت حموى (قوله الا اذا وهب) استثناء منقطع لانه ليس غريما الا اذا كان فى الموهوب عين مغصوبة ونحوها كان خصما لمدعيها حموى ملخصا (قوله لكونه زائدا) عبارة الاشباه ذايد (قوله لايجوز للمدعى عليه الانكار الخ) قال بعض الفضلاء يلحق بهذا مدعى الاستحقاق للمبيع فانه ينكر الحق حتى يثبت ليتمكن من الرجوع على بائعه ولو أقر لايقدر وأيضا ادعاء الوكالة أو الوصاية وثبوته لايكون الا على وجه الخصم الجاحد كما ذكره قاضى خان فان أنكر المدعى عليه ليكون ثبوت الوكالة والوصاية شرعا صحيحا يجوز فيلحق هذا أيضا بهما ويلحق بالوصى احد الورثة اذا ادعى عليه الدين فانه لو أقر بالحق يلزم الكل من حصته واذا أنكر فأقيمت البينة عليه يلزم من حصته وحصتهم حموى (قوله دعوى دين على ميت) اجمعوا على أن من ادعى دينا على الميت يحلف بلا طلب وصى ووارث بالله ما استوفيت دينك منه ولا من أحد أداه عنه وما قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيأ منه وما أحلت به ولا شئ منه على أحد ولا عندك ولا بشئ منه رهن خلاصة فلو حكم القاضى بالدفع قبل الاستحلاف لم ينفذ حكمه وتمامه فى أوائل دعوى الحامدية ومرّت فى أول كتاب الدعوى تحت قول الماتن ويسأل القاضى المدعى بعد صحتها الخ ومرّت فى كتاب القضاء (قوله ودعوى آبق) لعل صورتها فيما اذا ادعى على رجل أن هذا العبد عبدى أبق منى وأقام بينة على انه عبده فيحلف أيضا لاحتمال انه باعه تأمل ثم رأيت فى شرح هذا الشرح نقل عن الفتح هكذا وعبارته قال فى الفتح يحلف مدعى الآبق مع البينة بالله انه أبق على ملكك الى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة ولا غيرها اه (قوله الاقرار لايجامع البينة) لانها لاتقام الا على منكر ذكر هذا الاصل فى الاشباه فى كتاب الاقرار عن الخانية واستثنى منه أربع مسائل وهى ماسوى دعوى الآبق وكذا ذكرها قبله فى كتاب القضاء والشهادات ولم يذكر الخامسة بل زاد غيرها وعبارته لاتسمع البينة على مقر الا فى وارث مقر بدين على الميت فتقام البينة للتعدى وفى مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصى وفى مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل دفعا للضرر وفى الاستحقاق تقبل البينة به

الا فى أربع وكالة ووصاية واثبات دين على ميت واستحقاق عين من مشتر ودعوى الآبق * لا تحلف على حق مجهول الا فى ست اذا اتهم القاضى وصى يتيم ومتولى وقف وفى رهن مجهول ودعوى سرقة وغصب وخيانة مودع * لا يحلف المدعى اذا حلف المدعى عليه الا فى مسألة فى دعوى البحر قال وهى غريبة يجب حفظها اشباه قلت وهى مالو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبى مائة وقال الغاصب لم ادر ولكنها لا تبلغ مائة صدق بيمينه وألزم ببيانه فلو لم يبين يحلف على الزيادة ثم يحلف المغصوب منه أيضا أن قيمته مائة ولو ظهر خير الغاصب بين أخذه أو قيمته فليحفظ والله تعالى أعلم

* (كتاب الاقرار) *

مناسبته أن المدعى عليه اما منكر أو مقر وهو أقرب لغلبة الصدق (هو) لغة الاثبات يقال قر الشئ اذا ثبت وشرعا (اخبار بحق عليه للغير) (من وجه انشاء من وجه) قيد بعليه لانه لو كان لنفسه يكون دعوى لا اقرارا ثم فرع على كل من الشبهين فقال (فلـ)لوجه (الاول) وهو الاخبار (صح اقراره بمال مملوك للغير) ومتى أقر بملك الغير (يلزمه تسليمه) الى المقر له (اذا ملكه) برهة من الزمان لنفاذه على نفسه ولو كان انشاء لما صح لعدم وجود الملك وفى الاشباه أقر بحرية عبد ثم شراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن او بوقفية دار ثم شراها او ورثها صارت وقفا مؤاخذة له بزعمه (ولا يصح اقراره بطلاق وعتاق مكرها) ولو كان انشاء لصح لعدم التخلف (وصح اقرار المأذون بعين فى يده والمسلم بخمر)

مع اقرار المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه وفيما لو خوصم الاب بحق عن الصبى فأقر لا يخرج عن الخصومة ولكن تقام البينة عليه مع اقراره بخلاف الوصى وأمين القاضى اذا أقر خرج عن الخصومة وفيما لو أقر الوارث للموصى له فانها تسمع البينة عليه مع اقراره وفيما لو آجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فأقام الاول البينة فان كان الآجر حاضرا تقبل عليه البينة وان كان يقر بما يدعى اهـ ملخصا فهى سبع (قوله الا فى أربع) هى سبع كما فى الحموى والمذكور هنا خمسة (قوله من مشتر) فتقبل البينة به مع اقرار المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه كذا ذكره فى الاشباه لكن مع اقراره كيف يكون له الرجوع تأمل (قوله وفى رهن مجهول) كثوب مثلا (قوله فى دعوى البحر) قبيل قوله ولا ترد يمين على مدع (قوله وهى مالو قال الخ) ستأتى هذه المسألة فى كتاب الغصب وكتب المحشى هناك على قوله فلو لم يبين فقال الظاهر أن فى النسخة خللا لانه اذا لم يبين فالمالك الزيادة التى يحلف عليها اى على نفيها وفى ظنى أن أصل النسخة فان بين يعنى أنه لو بين حلف على نفى الزيادة التى هى أكثر مما بينه وأقل مما يدعيه المالك هذا وينبغى أن يقارب فى البيان حتى لو بين قيمة فرس بدرهم لا يقبل منه كما تقدم نظيره اهـ وكتب على قوله هناك ولو حلف المالك أيضا على الزيادة أخذها لم يظهر وجهه فليراجع اهـ (قوله يحلف على الزيادة) اى التى يدعيها المالك (قوله أو قيمته) عطف على الضمير المجرور أى أخذ قيمته

* (كتاب الاقرار) *

(قوله وهو أقرب) أى المقر (قوله اخبار بحق عليه) لعله ينتقض بالاقرار بأنه لا حق له على فلان بالابراء واسقاط الدين ونحوه كاسقاط حق الشفعة سعدية وقد يقال فيه اخبار بحق عليه وهو عدم وجوب المطالبة تأمل (قوله انشاء من وجه) هو الصحيح وقيل انشاء وينبنى عليه ماسيأتى لكن المذكور فى غاية البيان عن الاستروشنية قال الحلوانى اختلف المشايخ فى أن الاقرار سبب للملك ام لا قال ابن الفضل لا واستدل بمسألتين احداهما المريض الذى عليه دين اذا أقر بجميع ماله لاجنبى يصح بلا اجازة الوارث ولو كان تمليكا لا ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم الاجازة والثانية أن العبد المأذون اذا أقر لرجل بعين فى يده يصح ولو كان تمليكا يكون تبرعا منه فلا يصح وذكر الجرجانى أنه تمليك واستدل بمسائل منها ان أقر فى المرض لوارثه بدين لم يصح ولو كان اخبارا يصح اهـ ملخصا فظهر أن ماذكره المصنف وصاحب البحر جمع بين الطريقتين وكأن وجهه ثبوت ما استدل به الفريقان تأمل (قوله لانه لو كان لنفسه) اى على الغير ولو للغير على الغير فهو شهادة (قوله لا اقرارا) ولا ينتقض باقرار الوكيل والولى ونحوهما لنيابتهم مناب المنوبات شرعا شرح ملتقى (قوله صح اقراره بمال الخ) ويجبر الغاصب على البيان لانه أقر بقيمة مجهولة واذا لم يبين يحلف على ما يدعى المالك من الزيادة فان حلف ولم يثبت ما ادعاه المالك يحلف أن قيمته مائة ويأخذ من الغاصب مائة فاذا أخذ ثم ظهر الثوب خير الغاصب بين أخذه أورده وأخذ القيمة وحكى عن الحاكم أبى محمد العينى أنه كان يقول ماذكر من تحليف المغصوب منه وأخذ المائة بقيمته من الغاصب هذا بالانكار يصح وكان يقول الصحيح فى الجواب أن يجبر الغاصب على البيان فان أبى يقول له القاضى أكان قيمته مائة فان قال لا يقول اكان خمسين فان قال لا يقول له خمسة وعشرون الى أن ينتهى الى ما لا تنتقص عنه قيمته عرفا وعادة فيلزمه ذلك من متفرقات اقرار التتارخانية (قوله برهة) اى قليلا (قوله ولا يرجع) لاقتصار اقراره عليه فلا يتعدى الى غيره (قوله مكرها) لقيام دليل الكذب وهو الاكراه والاقرار اخبار يحتمل الصدق والكذب فيجوز تخلف مدلوله الوضعى عنه منح (قوله لعدم التخلف) اى لعدم صحة تخلف المدلول الوضعى للانشاء عنه كذا فى الهامش اى فان الانشاء لا يتخلف مدلوله عنه (قوله والمسلم بخمر) حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لما صح وفى

الدرر وفيه اشارة الى أن الخمر قائمة لا مستهلكة اذ لا يجب بدلها للمسلم نص عليه فى المحيط كما فى الشرنبلالية (قوله وبنصف داره) اى القابلة للقسمة (قوله بناء على الاقرار) يعنى اذا ادّعى عليه شيأ وأنه أقرّ له به لا تسمع دعواه لانّ الاقرار اخبار لا سبب للزوم المقرّ به على المقرّ وقد علل وجوب المدّعى به على المقرّ بالاقرار وكأنه قال اطالبه بما لا سبب لوجوبه عليه اولزومه باقراره وهذا كلام باطل منح وبه ظهر أن الدعوى بالشئ المعين بناء على الاقرار كما هو صريح المتن لا بالاقرار بناء على الاقرار فقوله بأنه أقرّ له لا محل له تأمل (قوله لم يحلّ له) اى للمقرّ له كذا فى الهامش (قوله ثم لو أنكر الخ) وفى دعوى الدين لو قال المدّعى عليه ان المدّعى أقرّ باستيفائه وبرهن عليه فقد قيل انه لا تسمع لانه دعوى الاقرار فى طرق الاستحقاق اذ الدين يقضى بمثله ففى الحاصل هذا دعوى الدين لنفسه فكان دعوى الاقرار فى طرق الاستحقاق فلا تسمع ط ذ جامع الفصولين وفتاوى قدورى كذا فى الهامش والطاء للمحيط والذال للذخيرة ومثل ما هو المسطور فى جامع الفصولين فى البزازية وزاد فيها وقيل يسمع لانه فى الحاصل يدفع أداء الدين عن نفسه فكان فى طرف ذكره فى المحيط وذكر شيخ الاسلام برهن المطلوب على اقرار المدّعى بأنه لا حق له فى المدّعى أو بأنه ليس بملك له او ما كانت ملكا له تندفع الدعوى ان لم يقرّ به لانسان معروف وكذا لو ادّعاه بالارث فبرهن المطلوب على اقرار المورّث كما ذكرنا وتمامه فيها كذا فى الهامش (قوله وأما دعوى الاقرار) اى بأن المدّعى ملك المدّعى عليه وأما دعوى الاقرار بالاستيفاء فقيل لا تسمع قال فى الهامش واختلفوا أنه هل يصح دعوى الاقرار فى طرق الدفع حتى لو أقام المدّعى عليه بينة أن المدّعى أقرّ أن هذه العين ملك المدّعى عليه هل تقبل قال بعضهم لا تقبل وعامتهم ههنا على أنها تقبل درر (قوله ثم قبل لا يصح) محله فيما اذا كان الحق فيه لواحد مثل الهبة والصدقة أما اذا كان لهما مثل الشراء والنكاح فلا وهو اطلاق فى محل التقييد ويجب أن يقيد أيضا بما اذا لم يكن المقرّ مصرّا على اقراره لما سيأتى من أنه لا شئ له الا أن يعود الى تصديقه وهو مصرّ حموى وبخط السائحانى عن الخلاصة لو قال لآخر كنت بعتك العبد بألف فقال الآخر لم أشتره منك فسكت البائع حتى قال المشترى فى المجلس او بعده بلى اشتريته منك بألف فهو الجائز وكذا النكاح وكل شئ يكون لهما جميعا فيه حق وكل شئ يكون فيه الحق لواحد مثل الهبة والصدقة لا ينفعه اقراره بعد ذلك (قوله فلا يرتدّ) لانه صار ملكه ونفى المالك ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح نعم لو تصادقا على عدم الحق صح لما مرّ فى البيع الفاسد أنه طاب ربح مال ادّعاه على آخر فصدّقه على ذلك فأوفاه ثم ظهر عدمه بتصادقهما فانظر كيف التصادق اللاحق نقض السابق مع أن ربحه طيب حلال سائحانى (قوله قال البديع) هو شيخ صاحب القنية (قوله الزوائد المستهلكة) يفيد بظاهره أنه يظهر فى حق الزوائد الغير المستهلكة وهو مخالف لما فى الخانية قال رجل فى يده جارية وولدها أقرّ أن الجارية لفلان لا يدخل فيه الولد ولو أقام بينة على جارية أنها له يستحق أولادها وكذا لو قال هذا العبد ابن امتك وهذا الجدى من شاتك لا يكون اقرارا بالعبد وكذا بالجدى فليحرّر حموى س وقيد بالمستهلكة فى الاستروشنية ونقله عنها فى غاية البيان (قوله فلا يملكها) شرى أمة فولدت عنده لا باستيلاده ثم استحقت ببينة يتبعها ولدها ولو أقرّ بها لرجل لا والفرق أنه بالبينة يستحقها من الاصل ولذا قلنا ان الباعة يتراجعون فيما بينهم بخلاف الاقرار حيث لا يتراجعون ف ثم الحكم بأمة حكم بولدها وكذا الحيوان اذ الحكم حجة كاملة بخلاف الاقرار فانه لم يتناول الولد لانه حجة ناقصة وهذا لو الولد بيد المدّعى عليه فلو فى ملك آخر هل يدخل فى الحكم اختلف المشايخ نور العين فى آخر السابق ففيه مخالفة لمفهوم كلام المصنف (قوله أقرّ حرّ مكلف) اعلم أن شرطه التكليف والطوع مطلقا والحرّية للتنفيذ للحال لا مطلقا فصح اقرار العبد للحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص ويؤخر ما فيه تهمة الى ما بعد العتق والمأذون بما كان من التجارة للحال وتأخر بما ليس منها الى العتق كاقراره بجناية ومهر موطوءة بلا اذن والصبى المأذون كالعبد فيما كان من التجارة لا فيما ليس منها كالكفالة واقرار السكران بطريق محظور صحيح الا فى حدّ الزنى وشرب الخمر مما يقبل الرجوع وان بطريق مباح لا منح وانظر العزمية (قوله ان أقرّوا بتجارة) جوابه قول المصنف الآتى صح اى صح للحال زاد الشمنى او ما كان من ضرورات التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة والغصب دون ما ليس منها كالمهر والجناية والكفالة لدخول ما كان من باب التجارة تحت الاذن دون غيره اه قال

وبنصف دار مشاعا والمرأة بالزوجية من غير شهود) ولو كان انشاء لما صح (ولا تسمع دعواه عليه) بانه أقرّ له (بشئ) معين (بناء على الاقرار) له بذلك به يفتى لانه اخبار يحتمل الكذب حتى لو أقرّ كاذبا لم يحلّ له لان الاقرار ليس سببا للملك نعم لو سلمه برضاه كان ابتداء هبة وهو الاوجه بزازية (الا أن يقول) فى دعواه (هو ملكى) وأقرّ لى به أو يقول لى عليه كذا وهكذا أقرّ به فتسمع اجماعا لانه لم يجعل الاقرار سببا للوجوب ثم لو انكر الاقرار هل يحلف الفتوى أنه لا يحلف على الاقرار بل على المال وأما دعوى الاقرار فى الدفع فتسمع عند العامة (و) للوجه (الثانى) وهو الانشاء (لو ردّ) المقرّ له (اقراره ثم قبل لا يصح) ولو كان اخبارا لصح وأما بعد القبول فلا يرتدّ بالردّ ولو أعاد المقرّ اقراره فصدّقه لزمه لانه اقرار آخر ثم لو انكر اقراره الثانى لا يحلف ولا تقبل عليه بينة قال البديع والاشبه قبولها واعتمده ابن الشحنة وأقرّه الشرنبلالى (والملك الثابت به) بالاقرار (لا يظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقرّ له) ولو اخبارا لملكها (أقرّ حرّ مكلف) يقظان طائعا (أو عبد) أو صبى أو معتوه (ماذون) لهم ان أقرّوا بتجارة

كاقرار محجور بحدّ وقود والا فبعد عتقه ونائم ومغمى عليه كمجنون وسبي السكران ومرّ المكره (بحق معلوم أو مجهول صح) لانّ

جهالة المقرّ به لا تضرّ الا اذا بين سببا تضرّه الجهالة كبيع واجارة وأما جهالة المقرّ فتضرّ كقوله لك على أحدنا ألف درهم لجهالة المقضى عليه الا اذا جمع بين نفسه وعبده فيصح وكذا تضرّ جهالة المقرّ له ان فحشت كلواحد من الناس على كذا والا لا كلاحد هذين على كذا فيصح ولا يجبر على البيان لجهالة المدّعى بحر ونقله فى الدرر لكن باختصار مخلّ كما بينه عزمى زاده (ولزمه بيان ما جهل) كشئ وحق (بذى قيمة) كفلس وجوزة لا بما لا قيمة له كحبة حنطة وجلد ميتة وصبى حرّ لانه رجوع فلا يصح (والقول للمقرّ مع حلفه) لانه المنكر (ان ادّعى المقرّ له أكثر منه) ولا بينة (ولا يصدّق فى أقلّ من درهم فى على مال ومن النصاب) أى نصاب الزكاة فى الاصح اختيار وقيل ان المقرّ فقيرا فنصاب السرقة وصحح (فى مال عظيم) لو بينه (من الذهب والفضة ومن خمس وعشرين من الابل) لانها أدنى نصاب يؤخذ من جنسه (ومن قدر النصاب قيمة فى غير مال الزكاة ومن ثلاثة نصب فى أموال عظام) ولو فسره بغير مال الزكاة اعتبر قيمتها كامر (وفى دراهم ثلاثة و) فى (دراهم) أو دنانير أو ثياب (كثيرة عشرة) لانها نهاية اسم الجمع (وكذا درهما درهم) على المعتمد ولو خفضه لزمه مائة وفى دريهم أو درهم عظيم درهم والمعتبر الوزن المعتاد الا بحجة زيلعى (وكذا كذا) درهما (احد عشر وكذا وكذا احد وعشرون) لانّ نظيره بالواو احد وعشرون

(قوله وقود) اى مما لا تهمة فيه فيصح للحال (قوله والا) اى بأن كان مما فيه تهمة (قوله تضرّه الجهالة) لانّ من أقرّ أنه باع من فلان شيأ او اشترى من فلان كذا بشئ أو آجر فلانا شيأ لا يصح اقراره ولا يجبر المقرّ على تسليم شئ درر كذا فى الهامش (قوله بين نفسه وعبده) قال المقدسى هذا فى حكم المعلوم لانّ ما على عبده يرجع اليه فى المعنى لكن انما يظهر هذا فيما يلزمه فى الحال أما ما يلزمه بعد الحرّية فهو كالاجنبى فيه فاذا جمعه مع نفسه كان كقوله لك على أو على زيد فهو مجهول لا يصح ذكره الحموى على الاشباه فتال (قوله على كذا) بتشديد الياء (قوله ولا يجبر على البيان) زاد الزيلعى ويؤمر بالتذكر لانّ المقرّ قد نسى صاحب الحق وزاد فى غاية البيان انه يحلف لكل واحد منهما اذا ادّعى وفى التاترخانية ولم يذكر أنه يستحلف لكل واحد منهما يمينا على حدة بعضهم قالوا نعم ويبدأ القاضى بيمين أيهما شاء او يقرع واذا حلف لكل لا يخلو من ثلاثة أوجه ان حلف لاحدهما فقط يقضى بالعبد للآخر فقط وان نكل لهما يقضى به وبقيمة الولد بينهما نصفين سواء نكل لهما جملة بأن حلفه القاضى لهما يمينا واحدة أو على التعاقب بأن حلفه لكل على حدة وان حلف فقد برئ عن دعوة كل فان أرادا أن يصطلحا وأخذ العبد منه لهما ذلك فى قول أبى يوسف الاوّل وهو قول محمد كما قبل الحلف ثم رجع أبو يوسف وقال لا يجوز اصطلاحهما بعد الحلف قالوا ولا رواية عن أبى حنيفة اهـ (فرع) لم يذكر الاقرار العام وذكره فى المنح وصح الاقرار بالعام كما فى يدى من قليل أو كثير أو عبد أو متاع أو جميع ما يعرف بى أو جميع ما ينسب الىّ لفلان واذا اختلفا فى عين انها كانت موجودة وقت الاقرار أو لا فالقول قول المقرّ الا أن يقيم المقرّ له البينة انها كانت موجودة فى يده وقته واعلم أنّ القبول ليس من شرط صحة الاقرار لكنه يرتد بردّ المقرّ له صرّح به فى الخلاصة وكثير من الكتب المعتبرة واستشكل المصنف بناء على هذا قول العمادى وقاضى خان الاقرار للغائب يتوقف على التصديق ثم أجاب عنه وبحث فى الجواب الرملى ثم أجاب عن الاشكال بما حاصله انّ اللزوم غير الصحة ولا مانع من توقف العمل مع صحته كبيع الفضولى فالمتوقف لزومه لا صحته فالاقرار للغائب لا يلزم حتى صح اقراره لغيره كما لا يلزم من جانب المقرّ له حتى صح ردّه وأمّا الاقرار للحاضر فيلزم من جانب المقرّ حتى لا يصح اقراره لغيره به قبل ردّه ولا يلزم من جانب المقرّ له فيصح ردّه وأمّا الصحة فلا شبهة فيها فى الجانبين بدون القبول (قوله عزمى زاده) وحاصله أن ما ذكره صاحب الدرر من الجبر انما هو فيما اذا جهل المقرّ به لا المقرّ له لقول الكافى لانه اقرار للمجهول وهو لا يفيد وفائدة الجبر على البيان انما تكون لصاحب الحق وهو مجهول (قوله كشئ وحق) ولو قال أردت حق الاسلام لا يصح ان قاله مفصولا وان موصولا يصح تاترخانية وكفاية (قوله فى على مال) بتشديد الياء (قوله ومن النصاب) معطوف على قوله من درهم وكذا المعطوفات بعده (قوله وقيل ان المقرّ الخ) قال الزيلعى والاصح أن قوله يبنى على حال المقرّ فى الفقر والغنى فانّ القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغنى ليس بعظيم وهو فى الشرح متعارض فانّ المائتين فى الزكاة عظيم وفى السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حاله ذكره فى النهاية وحواشى الهداية معزيا الى المبسوط شرنبلالية وذكر فى الهامش عن الزيلعى وينبغى على قياس ما روى عن أبى حنيفة أن يعتبر فيه حال المقرّ شرنبلالية اهـ (قوله فى مال عظيم) برفع مال وعظيم (قوله لو بينه) بأن قال مال عظيم من الذهب أو قال من الفضة (قوله ومن خمس وعشرين) أى ولا يصدّق فى أقلّ من خمس وعشرين لو قال مال عظيم من الابل (قوله ومن قدر النصاب قيمة) بنصب قيمة (قوله ومن ثلاثة نصب) من أى جنس سماه تحقيقا لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم وكذا فى كل جنس يريده حتى لو قال من الابل يجب عليه من الابل خمس وسبعون كفاية (قوله اعتبر قيمتها) ويعتبر الادنى فى ذلك للتيقن به زيلعى أى أدنى النصب من حيث القيمة أبو السعود (قوله اسم الجمع) يعنى يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ كما فى الهداية س (قوله وكذا) أى لو قال له على كذا درهما يجب درهم (قوله على المعتمد) لانّ ما فى المتون مقدّم على الفتاوى شرنبلالية وفى التتمة والذخيرة درهمان لان كذا كناية عن العدد وأقله اثنان اذ الواحد لا يعدّ حتى يكون معه شئ وفى شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان أقلّ عدد ركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون منح (قوله وكذا كذا درهما) أى بالنصب وبالخفض ثلثمائة وفى كذا كذا

درهما

درهما وكذا كذا دينارا عليه من كل أحد عشر وفي كذا كذا دينارا ودرهما احد عشر منهما جميعا ويقسم ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير احتياطا ولا يعكس لان الدراهم أقل مالية والقياس خمسة ونصف من كل لكن ليس في لفظه مايدل على الكسر غاية البيان ملخصا (قوله ولو ثلث) بأن قال كذا كذا كذا درهما (قوله اذ لا نظير له) وماقيل نظيره مائة ألف ألف فسهو ظاهر لان الكلام في نصب الدرهم وتمييز هذا العدد مجرور ولينظر هل اذا جرّه يلزمه ذلك وظاهر كلامهم لا (قوله ولو خمس زيد الخ) فيه انه يضم الالف الى العشرة آلاف (قوله عشرة آلاف) هذا حكاه العيني بلفظ ينبغي لكنه غلط ظاهر لان العشرة آلاف تتركب مع الالف بلا واو فيقال احد عشر ألفا فتهدر الواو التي تعتبر معه ما أمكن وهنا ممكن فيقال احد وعشرون ألفا ومائة وأحد وعشرون درهما ثم قوله ولو سدّس الخ مستقيم سائحاني أي بأن يقال مائة ألف وأحد وعشرون ألفا وأحد وعشرون درهما وكذا الوسبع زيد قبله ألف وماذكره أحسن من قول بعضهم (قوله زيد عشرة آلاف) فيه انه يضم الالف الى العشرة آلاف فيقال أحد عشر والقياس لزوم مائة ألف وعشرة آلاف الخ اه لان احد وعشرون ألفا أقل من مائة ألف وقد امكن اعتبار الاقل فلا يجب الاكثر و يلزم أيضا اختلال المسائل التي بعده كلها فيقال لو خمس زيد مائة ألف ولو سدّس زيد ألف ألف وهكذا بخلافه على مامرّ فتدبر (قوله زيد مائة ألف) فيقال مائة ألف وأحد وعشرون ألفا ومائة وأحد وعشرون (قوله أو قبلي) في بعض النسخ وقبلي (قوله عندي أو معي) كأنه في عرفهم كذلك أما العرف اليوم في عندي ومعي للدين لكن ذكروا علة أخرى تفيد عدم اعتبار عرفنا قال السائحاني نقلا عن المقدسي لان هذه المواضع محل العين لا الدين اذ محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والامانة أدنى فحمل عليها والعرف يشهد له أيضا فان قيل لو قال علي مائة وديعة دين أو دين وديعة لاتثبت الامانة مع انها أقلهما أجيب بأن احد اللفظين اذا كان للامانة والآخر للدين فاذا اجتمعا في الاقرار يترجح الدين اه أي بخلاف اللفظ الواحد المحتمل لمعنيين (قوله بالشركة) قال المقدسي ثم ان كان متميزا فوديعة والا فشركة سائحاني فكان عليه أن يقول أو بالوديعة (قوله بخلاف الاقرار) فانه لو كان اقرارا لا يحتاج الى التسليم (قوله متى أضاف) ينبغي تقييده بما اذا لم يأت بلفظ في كما يعلم مما قبله (قوله المقرّ به) بضم الميم وفتح القاف وتشديد الراء (قوله كان هبة) لان قضية الاضافة تنافي حمله على الاقرار الذي هو اخبار لا انشاء فيجعل انشاء فيكون هبة فيشترط فيه مايشترط في الهبة منح اذا قال اشهدوا اني قد أوصيت لفلان بألف وأوصيت أن لفلان في مالي ألفا فالاولى وصية والاخرى اقرار وفي الاصل اذا قال في وصيته سدس داري لفلان فهو وصية ولو قال لفلان سدس في داري فاقرار لانه في الاول جعل له سدس دار جميعها مضاف الى نفسه وانما يكون ذلك بقصد التمليك وفي الثاني جعل دار نفسه ظرفا للسدس الذي كان لفلان وانما يكون داره ظرفا لذلك السدس اذا كان السدس مملوكا لفلان قبل ذلك فيكون اقرارا أما لو كان انشاء لا يكون ظرفا لان الدار كلها له فلا يكون البعض ظرفا للبعض وعلى هذا اذا قال له ألف درهم من مالي فهو وصية استحسانا اذا كان في ذكر الوصية وان قال في مالي فهو اقرار اه من النهاية أول كتاب الوصية فقول المصنف فهو هبة أي ان لم يكن في ذكر الوصية وفي هذا الاصل خلاف كما ذكر في المنح وسيأتي في متفرقات الهبة عن البزازية وغيرها الدين الذي لي على فلان لفلان انه اقرار واستشكله الشارح هنالك وأوضحناه ثمة فراجعه (قوله ولا يرد) أي على منطوق الاصل المذكور وقوله ولا الارض أي لا يرد على مفهومه وهو أنه اذا لم يضفه كان اقرارا وقوله للاضافة تقديرا علة لقوله ولا الارض (قوله مافي بيتي) وكذا مافي منزلي ويدخل فيه الدواب التي يبعثها بالنهار وتأوي اليه بالليل وكذا العبيد كذلك كما في التاترخانية أي فانه اقرار (قوله لانها اضافة) أي فانه أضاف الظرف لا المظروف المقرّ به (قوله ولا الارض) لا ورود لها على ماتقدم اذ الاضافة فيها الى ملكه ثم نقلها في المنح عن الخانية على انها تمليك ثم نقل عن المنتقى نظيرتها على انها اقرار وكذا نقل عن القنية مايفيد ذلك حيث قال اقرار الاب لولده الصغير بعين من ماله تمليك ان أضافه الى نفسه في الاقرار وان أطلق فاقرار كما في سدس داري وسدس هذه الدار ثم نقل عنها مايخالفه ثم قال قلت بعض هذه الفروع يقتضي التسوية بين الاضافة وعدمها فيفيد أن في المسألة خلافا ومسألة الابن الصغير يصح فيها الهبة بدون القبض لان كونه في يده قبض فلافرق

(ولو ثلث بلا واو فأحد عشر) اذ لا نظير له فحمل على التكرار (ومعها فمائة وأحد وعشرون وان ربع) مع الواو (زيد ألف) ولو خمس زيد عشرة آلاف ولو سدّس زيد مائة ألف ولو سبع زيد ألف ألف وهكذا يعتبر نظيره أبدا (ولو) قال له (علي أو) له (قبلي) فهو (اقرار بدين) لان علي للايجاب وقبلي للضمان غالبا (وصدّق ان وصل به هو وديعة) لانه يحتمله مجازا (وان فصل لا) يصدّق لتقرره بالسكوت (عندي أو معي أو في بيتي أو) في (كيسي أو) في (صندوقي) اقرار بال(أمانة) عملا بالعرف (جميع مالي أو ما أملكه له) أو له من مالي أو من دراهمي كذا فهو (هبة لا اقرار) ولو عبر بفي مالي أو بفي دراهمي كان اقرارا بالشركة (فلا بدّ) لصحة الهبة (من التسليم) بخلاف الاقرار والاصل انه متى أضاف المقرّ به الى ملكه كان هبة ولا يرد مافي بيتي لانها اضافة نسبة لا ملك ولا الارض التي حدودها كذا لطفلي فلان فانه هبة وان لم يقبضه لانه في يده الا أن يكون مما يحتمل القسمة

فيشترط قبضه مفرزا للاضافة تقديرا بدليل قول المصنف أقرّ لآخر بعين ولم يضفه لكن من المعلوم لكثير من الناس انه ملكه فهل يكون اقرارا أو تمليكا ينبغي الثاني فيراعى فيه شرائط التمليك فراجعه (قال لي عليك ألف فقال أتزنه او أنتقده او أجلني به او قضيتك اياه او أبرأتني منه أو تصدقت به على او وهبته لي او أحلتك به على زيد) ونحو ذلك (فهو اقرار له بها) لرجوع الضمير اليها في كل ذلك عزمي زاده فكان جوابا وهذا اذا لم يكن على سبيل الاستهزاء فان كان وشهد الشهود بذلك لم يلزمه شيء أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق (وبلا ضمير) مثل أتزن الخ وكذا تحاسب او ما استقرضت من أحد سواك او غيرك او قبلك او بعدك (لا) يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور فكان كلاما مبتدأ والاصل أن كل ما يصلح جوابا لا ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء او يصلح لهما يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك اختيار وهذا اذا كان الجواب مستقلا فلو غير مستقل كقوله نعم كان اقرارا مطلقا حتى لو قال أعطني ثوب عبدي هذا او افتح لي باب داري هذه أو جصص لي داري هذه او أسرج دابتي هذه او أعطني سرجها او لجامها فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والدار والدابة كافي (قال أليس لي عليك ألف فقال بلى فهو اقرار له بها وان قال نعم لا) وقيل نعم لان الاقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية كذا في الجوهرة والفرق أن بلى جواب الاستفهام المنفي بالاثبات ونعم جوابه بالنفي (والايماء بالرأس) من الناطق (ليس باقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح واجارة وهبة بخلاف افتاء ونسب واسلام وكفر) وأمان كافر واشارة محرم لصيد والشيخ برأسه في رواية الحديث والطلاق في أنت طالق هكذا وأشار بثلاث اشارة الاشباه ويزاد اليمين بحلفه

بين الاقرار والتمليك بخلاف الاجنبي ولو كان في مسألة الصغير شيء مما يحتمل القسمة ظهر الفرق بين الاقرار والتمليك في حقه أيضا لافتقاره الى القبض مفرزا اهـ ثم قال وهنا مسألة كثيرة الوقوع وهي ما اذا أقرّ لآخر الخ ماذكره الشارح مختصرا وحاصله انه اختلف النقل في قوله الارض التي حدودها كذا لطفلي هل هو اقرار أو هبة وأفاد انه لا فرق بينهما الا اذا كان فيها شيء مما يحتمل القسمة فتظهر ثمرة الاختلاف في وجوب القبض وعدمه وكأن مراد الشارح الاشارة الى أن ماذكره المصنف آخرا يفيد التوفيق بأن يحمل قول من قال انها تمليك على ما اذا كانت معلومة بين الناس انها ملكه فتكون فيها الاضافة تقديرا وقول من قال انها اقرار على ما اذا لم تكن كذلك فقوله ولا الارض أي ولا ترد مسألة الارض التي الخ على الاصل السابق فانها هبة أي لو كانت معلومة انها ملكه للاضافة تقديرا لكن لا يحتاج الى التسليم كما اقتضاه الاصل لانها في يده وحينئذ يظهر دفع الورود تأمل (قوله مفرزا للاضافة) في بعض النسخ يوجد هنا بين قوله مفرزا وقوله للاضافة بياض وفي بعضها لفظ انتهى وقدمنا قريبا أن قوله للاضافة علة لقوله ولا الارض (قوله فهل يكون اقرارا) أقول المفهوم من كلامهم أنه اذا أضاف المقرّ به أو الموهوب الى نفسه كان هبة والا يحتمل الاقرار والهبة فيعمل بالقرائن لكن يشكل على الاول ما عن نجم الائمة البخاري أنه اقرار في الحالتين وربما يوفق بين كلامهم بأن الملك اذا كان ظاهرا للمملك فهو تمليك والا فهو اقرار ان وجدت قرينة وتمليك ان وجدت قرينة تدل عليه فتأمل فأنا نجد في الحوادث ما يقتضيه رملي وقال السائحاني انت خبير بأن اقوال المذهب كثيرة والمشهور هو مامرّ من قول الشارح والاصل الخ وفي المنح عن السغدي أن اقرار الاب لولده الصغير بعين ماله تمليك ان أضاف ذلك الى نفسه فانظر لقوله بعين ماله ولقوله لولده الصغير فهو يشير الى عدم اعتبار ما يعهد بل العبرة للفظ اهـ قلت ويؤيده مامرّ من قوله ما في بيتي وما في الخانية جميع ما يعرف بي او جميع ما ينسب الي لفلان قال الاسكاف اقرار اهـ فان ما في بيته وما يعرف به وينسب اليه يكون معلوما لكثير من الناس أنه ملكه فان اليد والتصرف دليل الملك وقد صرحوا بأنه اقرار وأفتى به في الحامدية وبه تأيد بحث السائحاني ولعله انما عبر في مسألة الارض بالهبة لعدم الفرق فيها بين الهبة والاقرار اذا كان ذلك لطفله ولذا ذكرها في المنتقى في جانب غير الطفل مضافة للمقرّ حيث قال اذا قال ارضي هذه وذكر حدودها لفلان او قال الارض التي حدودها كذا لولدي فلان وهو صغير كان جائزا ويكون تمليكا فتأمل والله أعلم (قوله فهو اقرار له بها) وكذا لا اقضيكها او والله لا اقضيكها ولا اعطيكها فاقرار وفي الخانية لا اعطيكها لا يكون اقرارا ولو قال أحل غرماءك علي أو بعضهم او من شئت او من شئت منهم فاقرار بها مقدسي وفيه قال أعطني الالف التي لي عليك فقال اصبر أو سوف تأخذها لا وقوله اتزن ان شاء الله اقرار وفي البزازية قوله عند دعوى المال ما قبضت منك بغير حق لا يكون اقرارا ولو قال بأي سبب دفعته الي قالوا يكون اقرارا وفيه نظر اهـ قدّمه الى الحاكم قبل حلول الاجل وطالبه به فله أن يحلف ماله علي اليوم شيء وهذا الحلف لا يكون اقرارا وقال الفقيه لا يلتفت الى قول من جعله اقرارا سائحاني وفي العيني عن الكافي زيادة ونقله القتال وذكر في المنح جملة منها فراجعها (قوله لرجوع الضمير اليها) فكأنه قال أتزن الالف التي لك علي (قوله على سبيل الاستهزاء) اى بالقرائن (قوله الى المذكور) اى انصرافا متعينا والا فهو محتمل (قوله والاصل أن كل ما يصلح الخ) كالالفاظ المارّة وعبارة الكافي بعد هذا كما في المنح فان ذكر الضمير صلح جوابا لا ابتداء وان لم يذكره لا يصلح جوابا أو يصلح جوابا وابتداء فلا يكون اقرارا بالشك (قوله جوابا) ومنه ما اذا تقاضاه بمائة درهم فقال قضيتكها أو أبرأتني (قوله لا للبناء) اى على كلام سابق بأن يكون جوابا عنه (قوله وهذا) اى التفصيل بين ذكر الضمير وعدمه كما يستفاد مما نقلناه قبل (قوله مطلقا) اى ذكر الضمير كقوله نعم هو لي أو لم يذكره كما شمل

(قوله

(قوله لايستخدم فلانا) اى فأشار الى خدمته كذا فى الهامش ويأتى فى الشرح (قوله الا فى تسع) ينبغى أن يزاد تعديل الشاهد من العالم بالاشارة فانها تكفى كما قدمناه فى الشهادات فقال فرع ذكره فى الهامش ادّعى بعض الورثة بعد الاقتسام دينا على الميت يقبل ولا يكون الاقتسام ابراء عن الدين لان حقه غير متعلق بالعين فلم يكن الرضى بالقسمة اقرارا بعدم التعلق بخلاف ما اذا ادّعى بعد القسمة عينا من أعيان التركة حيث لا تسمع لانّ حقه متعلق بعين التركة صورة ومعنى فانتظمت القسمة بانقطاع حقه عن التركة صورة ومعنى لانّ القسمة تستدعى عدم اختصاصه به بزازية اه (قوله بلا شرط) فالاجل فيها نوع فكانت الكفالة المؤجلة أحد نوعى الكفالة فيصدّق لانّ اقراره بأحد النوعين لا يجعل اقرارا بالنوع الآخر غاية البيان وقد مرّت المسألة فى الكفالة عند قوله لك مائة درهم الى شهر (قوله وشراؤه امة متنقبة الخ) وفى البزازية عال لذلك بقوله والضابط أن الشئ ان كان مما يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه لا يقبل الا اذا صدّقه المدّعى عليه فى عدم معرفته اياها فيقبل وان كان مما لا يعرف كثوب فى منديل أوجارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شئ يقبل ولهذا اختلفت أقاويل العلماء اه ويظهر لى أن الثوب فى الجراب كهو فى المنديل سائحانى (قوله كثوب) اى كشراء ثوب فى جراب (قوله وكذا الاستيام) انظر جامع الفصولين ونور العين فى الفصل العاشر وحاشية الفتال (فرع) ذكره فى الهامش رجل قال لآخر لى عليك ألف درهم فقال له المدّعى عليه ان حلفت انها مالك علىّ دفعتها اليك فحلف المدّعى ودفع المدّعى عليه الدراهم قالوا ان أدّى الدراهم بحكم الشرط الذى شرط فهو باطل وللدافع أن يستردّ منه لانّ الشرط باطل خانية (قوله والاعارة) الاولى أن يقال الاستعارة كما فى جامع الفصولين فى العاشر كذا فى الهامش (فرع) فى الهامش شراه فشهد رجل على ذلك وختم فهو ليس بتسليم يريد به أنه اذا شهد بالشراء اى كتب الشهادة فى صك الشهادة وختم على صك الشهادة ثم ادّعاه صح دعواه ولم تكن كتابة الشهادة اقرارا بأنه للبائع وهذا لانّ الانسان يبيع مال غيره كمال نفسه والشهادة بالبيع لا تدل على صحته جامع الفصولين فى الرابع عشر (قوله ذكره فى الدرر) الضمير راجع الى المذكور متنا من قوله وكذا الخ سوى الاجارة والى المذكور شرحا فجميع ذلك مذكور فيها والضمير فى قوله وصححه فى الجامع الخ راجع الى ما فى المتن فقط يدل عليه قول المصنف فى المنح وممن صرّح بكونه اقرارا منلا خسرو وفى النظم الوهبانى لعبد البرّ خلافه ثم قال والحاصل أن رواية الجامع أن الاستيام والاستئجار والاستعارة ونحوها اقرار بالملك للمساوم منه والمستأجر منه ورواية الزيادات أنه لا يكون ذلك اقرارا بالملكية وهو الصحيح كذا فى العمادية وحكى فيها اتفاق الروايات على انه لا ملك للمساوم ونحوه فيه وعلى هذا الخلاف ينبنى صحة دعواه ملكا للمساوم فيه لنفسه اولغيره اه وانما جزمنا هنا بكونه اقرارا أخذا برواية الجامع الصغير والله تعالى أعلم اه قال السائحانى ويظهر لى أنه ان ابدى عذرا يفتى بما فى الزيادات من أن الاستيام ونحوه لا يكون اقرارا وفى العمادية وهو الصحيح وفى السراجية أنه الاصح قال الانقروى والاكثر على تصحيح ما فى الزيادات وأنه ظاهر الرواية (قوله وصححه فى الجامع) اى جامع الفصولين وهذه رواية الجامع للامام محمد والضمير فى صححه لكونه اقرارا بالملك لذى اليد قال فى الشرنبلالية كون هذه الاشياء اقرارا بعدم الملك للمباشر متفق عليه وأما كونها اقرارا بالملك لذى اليد ففيه روايتان على رواية الجامع يفيد الملك لذى اليد وعلى رواية الزيادات لا وهو الصحيح كذا فى الصغرى وفى جامع الفصولين صحح رواية افادته الملك فاختلف التصحيح للروايتين وينبنى على عدم افادته ملك المدّعى عليه جواز دعوى المقرّ بها لغيره اه ونقل السائحانى عن الانقروى أن الاكثر على تصحيح ما فى الزيادات وأنه ظاهر الرواية اه قلت فيفتى به لترجحه بكونه ظاهر الرواية وان اختلف التصحيح (تتمة) الاشتراء من غير المدّعى عليه فى كونه اقرارا بأنه لا ملك للمدّعى كالاشتراء من المدّعى عليه حتى لو برهن يكون دفعا قال فى جامع الفصولين بعد نقله عن الصغرى أقول ينبغى أن يكون الاستيداع وكذا الاستيهاب ونحوه كالاستشراء (مهمة) قال فى البزازية ومما يجب حفظه هنا أن المساومة اقرار بالملك للبائع أو بعدم كونه ملكا له ضمنا لا قصدا وليس كالاقرار صريحا بأنه ملك البائع والتفاوت يظهر فيما اذا وصل الى يده يؤمر بالردّ الى البائع فى فصل الاقرار الصريح ولا يؤمر فى فصل المساومة وبيانه اشترى متاعا من انسان وقبضه ثم ان أبا المشترى استحقه بالبرهان من المشترى وأخذه ثم

٢ لا يستخدم فلانا اولا يظهر سرّه اولا يدل عليه وأشار حنث عمادية فتحرّر بطلان اشارة الناطق الا فى تسع فليحفظ (وان أقرّ بدين مؤجل وادّعى المقرّ له حلوله) لزمه الدين (حالا) وعند الشافعى رضى الله عنه مؤجلا بيمينه (كاقراره بعبد فى يده أنه لرجل وانه استأجره منه) فلا يصدّق فى تأجيل واجارة لانه دعوى بلا حجة (و) حينئذ (يستحلف المقرّ له فيهما بخلاف ما لو أقرّ بالدراهم السود فكذبه فى صفتها) حيث (يلزمه ما أقرّ به فقط) لانّ السود نوع والاجل عارض لثبوته بالشرط والقول للمقرّ فى النوع وللمنكر فى العوارض (كاقرار الكفيل بدين مؤجل) فانّ القول له فى الاجل لثبوته فى كفالة المؤجل بلا شرط (وشراؤه امة متنقبة اقرار بالملك للبائع كثوب فى جراب وكذا الاستيام والاستيداع) وقبول الوديعة بحر (والاعارة والاستيهاب والاستئجار ولو من وكيل) فكل ذلك اقرار بملك ذى اليد فيمنع دعواه لنفسه ولغيره بوكالة اووصاية للتناقض بخلاف ابرائه عن جميع الدعاوى ثم الدعوى بهما لعدم التناقض ذكره فى الدرر قبيل الاقرار وصححه فى الجامع

خلافا لتصحيح الوهبانية ووفق شارحها ٤٥٤ الشرنبلالي بانه ان قال بعنى هذا كان اقرارا وان قال ابتع لى هذا لا يؤيده مسالة كتابة

وختمه على صك البيع فانه ليس باقرار بعدم ملكه (و) له على (مائة ودرهم كلها دراهم) وكذا المكيل والموزون استحسانا (وفى مائة وثوب ومائة وثوبان يفسر المائة) لانها مبهمة (وفى مائة وثلاثة اثواب كلها ثياب) خلافا للشافعى رضى الله عنه قلنا الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف التفسير اليهما لاستوائهما فى الحاجة اليه (والاقرار بدابة فى اصطبل تلزمه) الدابة (فقط) والاصل أن ما يصلح ظرفا ان أمكن نقله لزماه والا لزم المظروف فقط خلافا لمحمد وان لم يصلح لزم الاول فقط كقوله درهم فى درهم قلت ومفاده أنه لو قال دابة فى خيمة لزماه ولو قال ثوب فى درهم لزمه الثوب ولم أره فيحرر (وبخاتم) تلزمه (حلقته وفصه) جميعا (وبسيف جفنه وحمائله ونصله وبحجلة) بحاء فجيم بيت مزين بستور وسرر (العيدان والكسوة وبتمر فى قوصرة اوبطعام فى جوالق او) ٢ فى (سفينة اوثوب فى منديل او) فى (ثوب يلزمه الظرف كالمظروف) لما قدمناه (ومن قوصرة) مثلا (لا) تلزمه القوصرة ونحوها (كثوب فى عشرة وطعام فى بيت) فيلزمه المظروف فقط لما مر اذ العشرة لاتكون ظرفا لواحد عادة (وبخمسة فى خمسة وعنى) معنى على او (الضرب خمسة) لما مر وألزمه زفر بخمسة وعشرين (وعشرة ان عنى مع) كما مر فى الطلاق

٢ قوله والقول بتمييزه البعض الخ هكذا فى النسخة المجموع منها وانظر ما معناه تامل اه مصححه

مات الاب وورثه الابن المشترى لايؤمر برده الى البائع ويرجع بالثمن على البائع ويكون المتاع فى يد المشترى هذا بالارث ولو أقر عند البيع بأنه ملك البائع ثم استحقه ابوه من يده ثم مات الاب وورثه الابن المشترى لا يرجع على البائع لانه فى يده بناء على زعمه بحكم الشراء لما تقرر أن القضاء للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن اه ذكره فى الفصل الاول من كتاب الدعوى وفيه فروع جمة كلها مهمة فراجعه (قوله لتصحيح الوهبانية) اى فى مسألة الاستيام (قوله لا) بل يكون استفهاما وطلب اشهاد على اقراره بارادة بيع ملك القائل فيلزمه به بعد ذلك شرنبلالية (قوله فانه ليس باقرار) اى فما هنا اولى اومساو وقال فى الهامش وان رأى المولى عبده يبيع عينا من اعيان المولى فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لم يبطل الرهن وروى الطحاوى عن اصحابنا المرتهن اذا سكت كان رضى بالبيع ويبطل الرهن خانية من كتاب المأذون (قوله والموزون) كقوله مائة وقفيز كذا أورطل كذا ولو قال له نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل منهما وكذا نصف هذا العبد وهذه الجارية لان الكلام كله وقع بغير عينه اوبعينه فينصرف النصف الى الكل بخلاف مالو كان بعضه غير معين كنصف هذا الدينار ودرهم يجب الدرهم كله قال الزيلعى وعلى تقدير خفض الدرهم مشكل وأقول لا اشكال على لغة الجوار على أن الغالب على الطلبة عدم التزام الاعراب سائحانى اى فضلا عن العوام ولكن الاحوط الاستفسار فان الاصل براءة الذمة فلعله قصد الجر تأمل (قوله كلها ثياب) لانه ذكر عددين مبهمين وأردفهما بالتفسير فصرف اليهما لعدم العاطف منح (قوله بحرف العطف) بأن يقول مائة وأثواب ثلاثة كما فى مائة وثوب (قوله ان أمكن نقله) كتمر فى قوصرة (قوله خلافا لمحمد) فعنده لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور عنده زيلعى (قوله فى خيمة) فيه أن الخيمة لاتسمى ظرفا حقيقة والمعتبر كونه ظرفا حقيقة كما فى المنح (قوله لزماه) لان الاقرار بالغصب اخبار عن نقله ونقل المظروف حال كونه مظروفا لا يتصور الا بنقل الظرف فصار اقرارا بغصبهما ضرورة ورجع فى البيان اليه لانه لم يعين هكذا أقر فى غاية البيان وغيرها هنا وفيما بعده وظاهره قصره على الاقرار بالغصب ويؤيده ما فى الخانية له على ثوب اوعبد صح ويقضى بقيمة وسط عند أبى يوسف وقال محمد القول له فى القيمة اه وفى البحر والاشباه لا يلزمه شئ اه ولعله قول الامام فهذا يدل على أن ما هنا قاصر على الغصب والا لزمه القيمة اولم يلزمه شئ ثم رأيته فى الشرنبلالية عن الجوهرة حيث قال ان أضاف ما أقر به الى فعل بأن قال غصبت منه تمرا فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة والا بل ذكره ابتداء وقال على تمر فى قوصرة فعليه التمر دون القوصرة لان الاقرار قول والقول بتمييزه البعض دون البعض كما لو قال بعت له زعفرانا فى سلة اه ولله الحمد ولعل المراد بقوله فعليه التمر قيمته تأمل (قوله لزمه الثوب) هو ظاهر ويدل عليه ما يأتى متنا وهو ثوب فى منديل أوفى ثوب فان ما هنا اولى وفى غاية البيان ولو قال غصبتك كذا فى كذا والثانى لا يكون وعاء للاول لزماه وفيها ولو قال على درهم فى قفيز حنطة لزمه الدرهم فقط وان صلح القفيز ظرفا بيانه ما قاله خواهر زاده انه أقر بدرهم فى الذمة وما فيها لا يتصور أن يكون مظروفا فى شئ آخر اه ويظهر لى أن هذا فى الاقرار ابتداء أما فى الغصب فيلزمه الظرف أيضا كما فى غصبته درهما فى كيس بناء على ما قدمناه ويفيده التعليل وعلى هذا التفصيل درهم فى ثوب تأمل (قوله جفنه) بفتح الجيم اى غمده (قوله وحمائله) اى علاقته قال الاصمعى لا واحد لها من لفظها وانما واحدها محمل عينى (قوله فى قوصرة) بالتشديد وقد تخفف مختار (قوله وطعام فى بيت) الاصل فى جنس هذه المسائل أن الظرف ان أمكن أن يجعل ظرفا حقيقة ينظر فان أمكن نقله لزماه وان لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق فى غير المنقول ولو ادعى أنه لم ينقل المظروف لا يصدق لانه أقر بغصب تام اذ هو مطلق فيحمل على الكمال وعند محمد لزماه جميعا لان غصب المنقول متصور عنده وان لم يمكن أن يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقولهم درهم فى درهم لم يلزمه الثانى لانه لا يصلح أن يكون ظرفا منح كذا فى الهامش (قوله لاتكون ظرفا) خلافا لمحمد لانه يجوز أن يلف الثوب النفيس فى عشرة اثواب منح كذا فى الهامش (قوله خمسة) لان أثر الضرب فى تكثير الاجزاء لا فى تكثير المال درر كذا فى الهامش وفى الولوالجية ان عنى بعشرة فى عشرة الضرب فقط او الضرب بمعنى تكثير الاجزاء فعشرة وان نوى بالضرب تكثير العين لزمه مائة سائحانى (قوله وعشرة ان عنى مع) وفى البيانية على

درهم

(ومن درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة تسعة) لدخول الغاية الاولى ضرورة اذ لا وجود لما فوق الواحد بدونه بخلاف الثانية وما بين الحائطين فلذا قال (و) فى له (كرّ حنطة الى كرّ شعير لزماه) جميعا (الا قفيزا) لانه الغاية الثانية (ولو قال له على عشرة دراهم الى عشرة دنانير يلزمه الدراهم وتسعة دنانير) عند أبى حنيفة رضى الله عنه لما مرّ نهاية (وفى) له (من دارى ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط له ما بينهما) فقط لما مرّ (وصح الاقرار بالحمل المحتمل وجوده وقته) اى وقت الاقرار بأن تلد لدون نصف حول لو مزوّجة أو لدون حولين لو معتدّة لثبوت نسبه (ولو) الحمل (غير آدمى) ويقدر بأدنى مدة يتصوّر ذلك عند أهل الخبرة زيلعى لكن فى الجوهرة أقل مدة حمل الشاة أربعة اشهر وأقلها لبقية الدواب ستة اشهر (و) صح (له ان بين) المقرّ (سببا صالحا) يتصوّر للحمل (كالارث والوصية) كقوله مات أبوه فورثه أو أوصى له به فلان فيجوز والا فلا كما يأتى (فان ولدته حيا لاقل من نصف حول) مذ أقرّ (فله ما أقرّ وان ولدت حيين فلهما) نصفين ولو أحدهما ٤٥٥ ذكرا والآخر انثى فكذلك فى الوصية بخلاف الميراث (وان ولدت ميتا فيردّ (لورثة) ذلك (الموصى والمورّث) لعدم اهلية الجنين (وان فسّره بـ) ما لا يتصوّر كهبة أو (بيع أو اقراض أو أبهم الاقرار) ولم يبين سببا (لغا) وحمل محمد المبهم على السبب الصالح وبه قالت الثلاثة (و) أما (الاقرار للرضيع) فانه (صحيح وان بين المقرّ سببا غير صالح منه حقيقة كالاقراض) أو ثمن مبيع لان هذا المقرّ محل لثبوت الدين للصغير فى الجملة اشباه (أقرّ بشىء على انه بالخيار) ثلاثة ايام (لزمه بلا خيار) لان الاقرار اخبار فلا يقبل الخيار (وان) وصلية (صدقه المقرّ له) فى الخيار لم يعتبر تصديقه (الا اذا أقرّ بعقد) بيع (وقع بالخيار له) فيصح باعتبار العقد اذا صدّقه او برهن فلذا قال (الا أن يكذبه المقرّ له) فلا يصح لانه منكر والقول له (كاقراره بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار فى مدة ولو) المدة (طويلة) اوقصيرة فانه يصح اذا صدّقه لان ٢ الكفالة عقد أيضا بخلاف ما مرّ لانها أفعال لا تقبل الخيار زيلعى (الامر بكتابة الاقرار اقرار حكما) فانه كما يكون باللسان يكون بالبنان فلو قال للصكاك اكتب خط اقرارى بألف على او اكتب بيع دارى او طلاق امرأتى صح كتب ام لم يكتب

٢ قوله فالاقرار بالحمل الخ هكذا فى النسخة المجموع منها وليتامل اهـ

درهم مع درهم او معه درهم لزماه وكذا قبله او بعده وكذا درهم فدرهم أو ودرهم بخلاف درهم على درهم او قال درهم درهم لان الثانى تأكيد وله على درهم فى قفيز برّ لزمه درهم وبطل القفيز كعكسه وكذا له فرق زيت فى عشرة مخاتيم حنطة ودرهم ثم درهمان لزمه ثلاثة ودرهم بدرهم واحد لانه للبدلية اهـ ملخصا وفى الحاوى القدسى له على مائة ونيف لزمه مائة والقول له فى النيف وفى قريب من ألف عليه اكثر من خمسمائة والقول له فى الزيادة وفى الهامش لو قال أردت خمسمائة مع خمسمائة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال تعالى فادخلى فى عبادى قيل مع عبادى فاذا احتمله اللفظ ولو مجازا ونواه صح لاسيما اذا كان فيه تشديد على نفسه كما عرف فى موضعه درر اهـ (قوله تسعة) عند أبى حنيفة وقالا يلزمه عشرة وقال زفر ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا والحد لا يدخل فى المحدود ولهما أن الغاية يجب أن تكون موجودة اذ المعدوم لا يجوز أن يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فتدخل الغايتان وله أن الغاية لا تدخل لان الحد يغاير المحدود ولكن هنا لا بد من ادخال الاولى لان الدرهم الثانى والثالث لا يتحقق بدون الاولى فدخلت الغاية الاولى ضرورة ولا ضرورة فى الثانية درر كذا فى الهامش (قوله بخلاف الثانية) اى الغاية الثانية (قوله الا قفيزا) من شعير وعندهما كرّان منح كذا فى الهامش (قوله لما مرّ) اى من أن الغاية الثانية لا تدخل لعدم الضرورة واعلم أن المراد بالغاية الثانية المتمم للمذكور فالغاية فى الى عشرة وفى الى ألف الفرد الاخير وهكذا على ما يظهر لى قال المقدسى ذكر الاتقانى عن الحسن أنه لو قال من درهم الى دينار لم يلزمه الدينار وفى الاشباه على من شاة الى بقرة لا يلزمه شىء سواء كان بعينه أو لا ورأيت معزيا لشرحها قال أبو يوسف اذا كان بغير عينه فهما عليه ولو قال ما بين درهم الى درهم فعليه درهم عند أبى حنيفة ودرهمان عند أبى يوسف سائحانى (قوله لما مرّ) من أن الغاية الثانية لا تدخل وأن الاولى تدخل للضرورة اى ولا ضرورة هنا تأمل وعلل له فى البرهان كما فى الشرنبلالية بقيامهما بأنفسهما (قوله وصح الاقرار بالحمل) سواء كان حمل أمة او غيرها بأن يقول حمل امتى او حمل شاتى لفلان وان لم يبين له سببا لان لتصحيحه وجها وهو الوصية من غيره كأن اوصى رجل بحمل شاة مثلا لآخر ومات فأقرّ ابنه بذلك فحمل عليه (قوله المحتمل) اى والمتيقن بالاولى واعل الاولى أن يقول المتيقن وجوده شرعا (قوله لثبوت نسبه) فيكون حكما بوجوده (قوله لكن فى الجوهرة) الاستدراك على ما تضمنه الكلام السابق من الرجوع الى أهل الخبرة اذ لا يلزم فيه ذكر (قوله وصح له) اى للحمل المحتمل وجوده وقت الاقرار بأن جاءت به لدون نصف حول او لسنتين وأبوه ميت اذ لو جاءت به لسنتين وأبوه حى ووطء الام له حلال فالاقرار بالحمل لانه محال بالعلوق الى أقرب الاوقات فلا يثبت الوجود وقت الاقرار لا حقيقة ولا حكما بيانية وكفاية (قوله بخلاف الميراث) فانه فيه للذكر مثل حظ الانثيين (قوله فانه صحيح) لان الاقرار لا يتوقف على القبول ويثبت الملك للمقرّ له من غير تصديق لكن بطلانه يتوقف على الابطال كما فى الانقروى سائحانى والفرق بينه وبين الحمل سيذكره الشارح (قوله فى الجملة) اى بأن يعقد مع وليه بخلاف الحمل فانه لا يلى عليه أحد (قوله لم يعتبر) ينبغى أن يقول فانه لم يعتبر لان ان وصلية فلا جواب لها ح (قوله اوقصيرة) الاولى حذفها كما لا يخفى ح (قوله لانها افعال) لان الشىء المقرّ به قرض او غصب او وديعة او عارية (قوله بكتابة الاقرار) بخلاف أمره بكتابة الاجارة وأشهد ولم يحز عنه لا تنعقد أشباه (قوله يكون بالبنان) بالباء الموحدة والنون ومقتضى كلامه أن مسألة المتن من قبيل الاقرار بالبنان والظاهر أنهما من قبيل الاقرار باللسان بدليل قوله كتب ام لم يكتب وبدليل ما فى المنح

مقتضيه

عن الخانية حيث قال وقد يكون الاقرار بالبنان كما يكون باللسان رجل كتب على نفسه ذكر حق بحضرة قوم أو أملى على انسان ليكتب ثم قال اشهدوا على بهذا الفلان كان اقرارا اه فان ظاهر التركيب أن المسألة الاولى مثال للاقرار بالبنان والثانية للاقرار باللسان فتأمل ح (فرع) ادعى المديون أن الدائن كتب على قرطاس بخطه ان الدين الذى لى على فلان بن فلان ابرأته عنه صح وسقط الدين لان الكتابة المرسومة المعنونة كالنطق به وان لم يكن كذلك لا يصح الابراء ولا دعوى الابراء ولا فرق بين أن تكون الكتابة بطلب الدائن أولا بطلبه بزازية من آخر الرابع عشر من الدعوى وفى أحكام الكتابة من الاشباه اذا كتب ولم يقل شيأ لا تحل الشهادة قال القاضى النسفى ان كتب مصدرا يعنى كتب فى صدره ان فلان بن فلان له على كذا أو أما بعد فلفلان على كذا يحل للشاهد أن يشهد وان لم يقل اشهد على به والعامة على خلافه لان الكتابة قد تكون للتجربة ولو كتب وقرأه عند الشهود وان لم يشهدهم ولو كتب عندهم وقال اشهدوا على بما فيه ان علموا بما فيه كان اقرارا والا فلا وذكر القاضى ادعى على آخر مالا وأخرج خطا وقال انه خط المدعى عليه بهذا المال فأنكر كونه خطه فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على انهما خط كاتب واحد لا يحكم عليه بالمال فى الصحيح لانه لا يزيد على أن يقول هذا خطى وأنا حررته لكن ليس على هذا المال وثمة لا يجب كذا هنا الا فى دفتر السمسار والبياع والصراف اه وقدمنا شيأ من الكلام عليها فى باب كتاب القاضى وفى أثناء كتاب الشهادات ومثله فى البزازية وقال السائحانى وفى المقدسى عن الظهيرية لو قال وجدت فى كتابى أن له على ألفا او وجدت فى ذكرى او فى حسابى أو بخطى او قال كتبت بيدى أن له على كذا كله باطل وجماعة من ائمة بلخ قالوا فى دفتر البياع ان ما وجد فيه بخط البياع فهو لازم عليه لانه لا يكتب الا ما على الناس له وما للناس عليه صيانة عن النسيان والبناء على العادة الظاهرة واجب اه فقد استفدنا من هذا أن قول ائمتنا لا يعمل بالخط يجرى على عمومه واستثناء دفتر السمسار والبياع لا يظهر بل الاولى أن يعزى الى جماعة من ائمة بلخ وأن يقيد بكونه فيما عليه ومن هنا يعلم أن رد الطرسوسى العمل به مؤيد بالمذهب فليس الى غيره نذهب وانظر ما قدمناه فى باب كتاب القاضى الى القاضى (قوله أحد الورثة) وان صدقوا جميعا لكن على التفاوت كرجل مات عن ثلاثة بنين وثلاثة آلاف فاقتسموها وأخذ كل واحد ألفا فادعى رجل على أبيهم ثلاثة آلاف فصدقه الاكبر فى الكل والاوسط فى الالفين والاصغر فى الالف أخذ من الاكبر ألفا ومن الاوسط خمسة اسداس الالف ومن الاصغر ثلث ألف عند أبى يوسف وقال محمد فى الاصغر والاكبر كذلك والاوسط يأخذ الالف ووجه كل فى الكافى (تنبيه) لو قال المدعى عليه عند القاضى كل ما يوجد فى تذكرة المدعى بخطه فقد التزمته ليس باقرار لانه قيده بشرط لا يلائمه فانه ثبت عن أصحابنا رحمهم الله أن من قال كل ما أقر به على فلان فأنا مقر به فلا يكون اقرارا لانه يشبه وعدا كذا فى المحيط شرنبلالية فى رجل كان يستدين من زيد ويدفع له ثم تحاسبا على مبلغ دين لزيد بذمة الرجل وأقر الرجل بأن ذلك آخر كل قبض وحساب ثم بعد أيام يريد نقض ذلك واعادة الحساب فهل ليس له ذلك الجواب نعم لقول الدرر لا عذر لمن أقر سائحانى وفيها فى شريكى تجارة حسب لهما جماعة الدفاتر فتراضيا وانفصل المجلس وقد ظنا صواب الجماعة فى الحساب ثم تبين الخطأ فى الحساب لدى جماعة أخر فهل يرجع للصواب الجواب نعم لقول الاشباه لا عبرة بالظن البين خطؤه فى شريكى عنان تحاسبا ثم افترقا بلا ابراء أو بقيا على الشركة ثم تذكر أحدهما انه كان أوصل لشريكه أشياء من الشركة غير ما تحاسبا عليه فأنكر الآخر ولا بينة فطلب المدعى يمينه على ذلك فهل له ذلك لان اليمين على من أنكر الجواب نعم اه (قوله أقر بالدين) سيأتى فى الوصايا قبيل باب العتق فى المرض (قوله وقيل حصته) عبر عنه بقيل لان الاول ظاهر الرواية كما فى فتاوى المصنف وسيجىء أيضا وهذا بخلاف الوصية لما فى جامع الفصولين احد الورثة لو أقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه وفاقا وفى مجموعة منلا على عن العمادية فى الفصل التاسع والثلاثين احد الورثة اذا أقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه بالاتفاق واذا مات وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف درهم فأخذ كل ابن ألفا فادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه احد الابنين فالقياس أن يؤخذ منه ثلاثة اخماس ما فى يده وهو قول زفر وفى الاستحسان يؤخذ منه ثلث ما فى يده وهو قول علمائنا رحمهم الله لنا أن المقر أقر بألف شائع فى الكل ثلث ذلك فى يده وثلثاه فى يد شريكيه فما كان اقرارا فيما

قوله ولو كتب وقرأه عند الشهود وان لم يشهدهم هكذا فى النسخة المجموع منها بدون ذكر جواب للو وليحرر اه مصححه

وحل للصكاك أن يشهد الا فى حد وقود خانية وقدمنا فى الشهادات عدم اعتبار مشابهة الخطين (احد الورثة أقر بالدين) المدعى به على مورثه وجحده الباقون (يلزمه) الدين (كله) يعنى ان وفى ما ورثه به برهان وشرح مجمع (وقيل حصته) واختاره أبو الليث دفعا للضرر

ولو شهد هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت وبهذا علم انه لا يحل الدين فى نصيبه بمجرد اقراره بل بقضاء القاضى عليه باقراره فلتحفظ هذه الزيادة درر (أشهد على ألف فى مجلس وأشهد رجلين آخرين فى مجلس آخر) بلا بيان السبب (لزم) المال ان (ألفان) كما لو اختلف السبب بخلاف مالو اتحد السبب أو الشهود أو أشهد على صك واحدا وأقر عند الشهود ثم عند القاضى أو بعكسه ابن ملك والاصل أن المعرّف أو المنكر اذا أعيد معرّفا كان الثانى عين الاول أو منكرا فغيره ولو نسى الشهود أفى مواطن أم موطنين فهما مالان مالم يعلم اتحاده وقيل واحد وتمامه فى الخانية (أقرّ ثم ادّعى) المقرّ (انه كاذب فى الاقرار يحلف المقرّ له ان المقرّ لم يكن كاذبا فى اقراره) عند الثانى وبه يفتى درر

فى يده يقبل وما كان اقرارا فى يد غيره لا يقبل فوجب أن يسلم اليه أى الى الموصى له ثلث ما فى يده اهـ (قوله ولو شهد هذا المقر مع آخر) وفى جامع الفصولين خ ينبغى للقاضى أن يسأل المدّعى عليه هل مات مورّثك فان قال نعم يسأله عن دعوى المال فلو أقرّ وكذبه بقية الورثة ولم يقض باقراره حتى شهد هذا المقرّ وأجنبى معه يقبل ويقضى على الجميع وشهادته بعد الحكم عليه باقراره لا تقبل ولو لم يقم البينة أقرّ الوارث أو نكل ففى ظاهر الرواية يؤخذ كل الدين من حصة المقرّ لانه مقرّ بأنّ الدين مقدم على ارثه وقال ث هو القياس ولكن المختار عندى أن يلزمه ما يخصه وهو قول الشعبى والحسن البصرى ومالك وسفيان وابن أبى ليلى وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول أعدل وأبعد من الضرر نه ولو برهن لا يؤخذ منه الا ما يخصه وفاقا انتهى بقى مالو برهن على احد الورثة بدينه بعد قسمة التركة فهل للدائن أخذه كله من حصة الحاضر قال المصنف فى فتاواه اختلفوا فيه فقال بعضهم نعم فاذا احضر الغائب يرجع عليه وقال بعضهم لا يأخذ منه الا ما يخصه اهـ ملخصا وفى جامع الفصولين أيضا وكذا لو برهن الطالب على هذا المقرّ تسمع البينة عليه كما فى وكيل قبض العين لو أقرّ من عنده العين انه وكيل بقبضها لا يكفى اقراره ويكلف الوكيل اقامة البينة على اثبات الوكالة حتى يكون له قبض ذلك فكذا هنا اهـ (قوله بمجرّد اقراره) ولو كان الدين يحلّ فى نصيبه بمجرّد الاقرار ما قبلت شهادته لما فيه من دفع المغرم عنه باقى ودرر كذا فى الهامش (قوله أشهد على ألف الخ) نقل المصنف فى المنح عن الخانية روايتين عن الامام ليس ما فى المتن واحدة منهما احداهما أن يلزمه المالان ان أشهد فى المجلس الثانى عين الشاهدين الاولين وان أشهد غيرهما كان المال واحدا وأخراهما انه ان اشهد على كل اقرار شاهدين يلزمه المالان جميعا سواء أشهد على اقراره الثانى الاولين أو غيرهما اهـ فلزوم المالين ان أشهد فى مجلس آخر آخرين ليس واحدا مما ذكرنا ونقل فى الدرر عن الامام الاولى وأبدل الثانية بما ذكره المصنف متابعة له واعترضه فى العزمية بما ذكرنا وانه ابتداع قول ثالث غير مسند الى أحد ولا مسطور فى الكتب (قوله فى مجلس آخر) بخلاف مالو أشهد أولا واحدا وثانيا آخر فى موطن أو موطنين فالمال واحد اتفاقا وكذا لو أشهد على الاول واحدا وعلى الثانى أكثر فى مجلس آخر فالمال واحد عندهما وكذا عنده على الظاهر منح (قوله لزم ألفان) واعلم أنّ تكرار الاقرار لا يخلو اما أن يكون مقيدا بسبب أو مطلقا والاول على وجهين اما بسبب متحد فيلزم مال واحد وان اختلف المجلس أو بسبب مختلف فمالان مطلقا وان كان مطلقا فاما بصك أولا والاول على وجهين اما بصك واحد فالمال واحد مطلقا أو بصكين فمالان مطلقا وأما الثانى فان كان الاقرار فى موطن واحد يلزم مال واحد عنده وواحد عندهما وان كان فى موطنين فان أشهد على الثانى شهود الاول فمال واحد عنده الا أن يقول المطلوب هما مالان وان أشهد غيرهما فمالان وفى موضع آخر عنه على عكس ذلك وهو ان اتحد الشهود فمالان عنده والا فواحد عندهما وأما عنده فاختلف المشايخ منهم من قال القياس على قوله مالان وفى الاستحسان مال واحد واليه ذهب السرخسى ومنهم من قال على قول الكرخى مالان وعلى قول الطحاوى واحد واليه ذهب شيخ الاسلام اهـ ملخصا من التاترخانية وكل ذلك مفهوم من الشرح وبه ظهر أنّ ما فى المتن رواية منقولة وأن اعتراض العزمية على الدرر مردود حيث جعله قولا مبتدعا غير مسطور فى الكتب مستندا الى انه فى الخانية حكى فى المسألة روايتين الاولى لزوم مالين ان اتحد الشهود والا فمال الثانية لزوم مالين ان اشهد على كل اقرار شاهدين اتحدا أولا وقد أوضح المسألة فى الولوالجية فراجعها (قوله كما لو اختلف السبب) ولو فى مجلس واحد وفى البزازية جعل الصفة كالسبب حيث قال ان أقرّ بألف بيض ثم بألف سود فمالان ولو ادّعى المقرّ له اختلاف السبب وزعم المقرّ اتحاده أو الصك أو الوصف فالقول للمقرّ ولو اتحد السبب والمال الثانى أكثر يجب المالان وعندهما يلزم الاكثر سائحانى (قوله اتحد السبب) بأن قال له على ألف ثمن هذا العبد ثم أقرّ بعده كذلك فى المجلس أو فى غيره منح (قوله أو الشهود) هذا ما ذهب اليه السرخسى كما علمته مما مرّ (قوله ثم عند القاضى) وكذا لو كان كل عند القاضى فى مجلس ط (قوله والاصل أن المعرّف) كالاقرار بسبب متحد (قوله أو المنكر) كالسببين وكالمطلق عن السبب (قوله ولو نسى الشهود) فى صورة تعدد الاشهاد (قوله وتمامه فى الخانية) ونقلها فى المنح (قوله أقرّ) أى بدين أو غيره كما فى آخر الكنز (قوله ثم ادّعى) ذكر المسألة فى الكنز فى شتى الفرائض (قوله وبه يفتى) وهو المختار

(وكذا) الحكم يجرى (لوادّعى وارث المقرّ) فيحلف (وان كانت الدعوى على ورثة المقرّ له فاليمين عليهم بالعلم انا لانعلم أنه كان كاذبا) صدر الشريعة

*(باب الاستثناء وما فى معناه) * فى كونه مغيرا كالشرط ونحوه (هو) عندنا (تكلم بالباقى بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفى واثبات باعتبار الاجزاء) فالقائل له علىّ عشرة الاثلاثة له عبارتان مطوّلة وهى ماذكرناه ومختصرة وهى أن يقول ابتداء له علىّ سبعة وهذا معنى قولهم تكلم بالباقى بعد الثنيا اى بعد الاستثناء (وشرط فيه الاتصال) بالمستثنى منه (الالضرورة كنفس اوسعال أو أخذفم) به يفتى (والنداء بينهما لايضرّ) لانه للتنبيه والتأكيد (كقوله لك علىّ ألف درهم يافلان الاعشرة بخلاف لك علىّ ألف فاشهدوا الا كذا ونحوه) مما يعدّ فاصلا لان الاشهاد يكون بعد تمام الاقرار فلم يصح الاستثناء (فمن استثنى بعض ما أقرّ به صح) استثناؤه ولو الاكثر عند الاكثر (ولزمه الباقى) ولو مما لايقسم كهذا العبد لفلان الاثلثه أوثلثيه صح على المذهب (و) الاستثناء (المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع كوصية) لانّ استثناء الكل ليس برجوع بل هو استثناء فاسد هو الصحيح جوهرة وهذا (ان كان) الاستثناء (ب) عين (لفظ الصدر أو مساويه) كما يأتى (وان بغيرهما كعبيدى أحرار الاهؤلاء أو الا سالما وغانما وراشدا) ومثله نسائى طوالق الاهؤلاء أو الازينب وعمرة وهند (وهم الكل صح) الاستثناء وكذا ثلث مالى لزيد الاألفا والثلث ألف صح فلا يستحق شيأ اذ الشرط ايهام البقاء لاحقيقته حتى لو طلقها ستا الاأربعا صح ووقع ثنتان (كما صح استثناء الكيلى والوزنى والمعدود الذى لايتفاوت آحاده كالفلوس والجوز من الدراهم والدنانير

بزازية وظاهره أنّ المقرّ اذا ادّعى الاقرار كاذبا يحلف المقرّ له أو وارثه على المفتى به من قول أبى يوسف مطلقا سواء كان مضطرا الى الكذب فى الاقرار أولا قال شيخنا وليس كذلك لما سيأتى فى مسائل شتى قبيل كتاب الصلح عند قول المصنف أقرّ بمال فى صك وأشهد عليه به ثم ادّعى أنّ بعض هذا المال المقرّ به قرض وبعضه ربا الخ حيث نقل الشارح عن شرح الوهبانية للشرنبلالىّ مايدل على انه انما يفتى بقول أبى يوسف من انه يحلف له انّ المقرّ ما أقرّ كاذبا فى صورة يوجد فيها اضطرار المقرّ الى الكذب فى الاقرار كالصورة التى تقدّمت ونحوها كذا فى حاشية مسكين للشيخ محمد أبى السعود المصرىّ وفيه انه لايتعين الحمل على هذا لانّ العبارة هناك فى هذا ونحوه فقوله ونحوه يحتمل أن يكون المراد به كل ما كان من قبيل الرجوع بعد الاقرار مطلقا ويدل عليه مابعده من قوله وبه جزم المصنف فراجعه (قوله فيحلف) أى المقرّ له وقال بعضهم انه لايحلف بزازية والاصح التحليف حامدية عن صدر الشريعة وفى جامع الفصولين أقرّ فمات فقال ورثته انه أقرّ كاذبا فلم يجز اقراره والمقرّ له عالم به ليس لهم تحليفه اذ وقت الاقرار لم يتعلق حقهم بمال المقرّ فصح الاقرار وحيث تعلق حقهم صار حقا للمقرّ له ص أقرّ ومات فقال ورثته انه أقرّ تلجئة حلف المقرّ له بالله لقد أقرّ لك اقرارا صحيحا ط وارث ادّعى أن مورّثه أقرّ تلجئة قال بعضهم له تحليف المقرّ له ولو ادّعى انه أقرّ كاذبا لايقبل قال فى نور العين يقول الحقير كان ينبغى أن يتحد حكم المسألتين ظاهرا اذ الاقرار كاذبا موجود فى التلجئة أيضا ولعل وجه الفرق هو أنّ التلجئة أن يظهرا أحد شخصين أو كلاهما فى العلن خلاف ما تواضعا عليه فى السر ففى دعوى التلجئة يدّعى الوارث على المقرّ له فعلا له وهو تواضعه مع المقرّ فى السرّ فلذا يحلف بخلاف دعوى الاقرار كاذبا كما لايخفى على من أوتى فهما صافيا اهـ من أواخر الفصل الخامس عشر ثم اعلم أن دعوى الاقرار كاذبا انما تسمع اذا لم يكن أمرا عاما فلو كان لاتسمع لكن للعلامة ابن نجيم رسالة فى امرأة أقرّت فى صحتها لبنتها فلانة بمبلغ معين ثم وقع بينهما تبارؤ عام ثم ماتت فادّعى الوصىّ انها كاذبة فأفتى بسماع دعواه وتحليف البنت وعدم صحة الحكم قبل التحليف لانه حكم بخلاف المفتى به وأن الابراء هنا لايمنع لانّ الوصىّ يدّعى عدم لزوم شئ بخلاف ما اذا دفع المقرّ المال المقرّ به الى المقرّ له فانه ليس له تحليف المقرّ له لانه يدّعى استرجاع المال والبراءة مانعة من ذلك أما فى الاولى فانه لم يدّع استرجاع شئ وانما يدفع عن نفسه فافترقا والله أعلم

*(باب الاستثناء وما فى معناه) *

(قوله تكلم بالباقى) أى معنى لاصورة درر (قوله بعد الثنيا) بضم فسكون وفى آخره ألف مقصورة اسم من الاستثناء سائحانىّ (قوله لانه للتنبيه) أى تنبيه المخاطب وتأكيد الخطاب لانّ المنادى هو المخاطب ومفاده لو كان المنادى غير المقرّ له يضرّ ونقل عن الجوهرة ولم أره فيها لكن قال فى غاية البيان ولو قال لفلان علىّ ألف درهم يافلان الاعشرة كان جائزا لانه أخرجه مخرج الاخبار لشخص خاص وهذا صيغته فلا يعد فاصلا اهـ تأمّل وفى الولوالجية لانّ النداء لتنبيه المخاطب وهو محتاج اليه لتأكيد الخطاب والاقرار فصار من الاقرار اهـ (قوله ولو الاكثر) أى أكثر من النصف كذا فى الهامش (قوله لفظ الصدر) كعبيدى أحرار الاعبيدى (قوله مساويه) كقوله الامماليكى (قوله وان بغيرهما) بأن يكون أخص منه فى المفهوم لكن فى الوجوب يساويه (قوله ايهام البقاء) أى بحسب صورة اللفظ لانّ الاستثناء تصرّف لفظىّ فلا يضرّ اهمال المعنى (قوله ووقع ثنتان) وان كانت الست لاصحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لايزيد على الثلاث ومع هذا لايجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا فكان اعتبار اللفظ أولى عناية (قوله كما صح) فصله عما قبله لانه بيان للاستثناء من خلاف الجنس فان مقدّرا من مقدّر صح عندهما استحسانا وتطرح قيمة

المستثنى

المستثنى بما أقرّ به وفى القياس لا يصح وهو قول محمد وزفر وان غير مقدّر من مقدّر لا يصح عندنا قياسا واستحسانا خلافا للشافعى فى نحو مائة درهم الا ثوبا غاية البيان لكن حيث لم يصح هنا الاستثناء يجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الاقرار لما تقرر أن جهالة المقرّ به لا تمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء ذكره فى الشرنبلالية عن قاضى زاده (قوله لثبوتها) أى هذه المذكورات (قوله فكانت كالثمنين) لانها بأوصافها أثمان حتى لو عينت تعلق العقد بعينها ولو وصفت ولم تعين صار حكمها كحكم الدينار كفاية (قوله لكن فى الجوهرة) ومثله فى الينابيع ونقله قاضى زاده عن الذخيرة كما فى الشرنبلالية وفيها قال الشيخ على عشرة دراهم الا دينارا وقيمته أكثر أو الا كر بر كذلك ان مشينا على أن استثناء الكل بغير لفظه صحيح ينبغى أن يبطل الاقرار لكن ذكر فى البزازية ما يدل على خلافه قال على دينار الا مائة درهم بطل الاستثناء لانه أكثر من الصدر ما فى هذا الكيس من الدراهم لفلان الا ألفا ينظران فيه أكثر من ألف فالزيادة للمقر له والالف للمقر وان ألف أو أقل فكلها للمقر له لعدم صحة الاستثناء قلت ووجهه ظاهر بالتأمل اهـ قلت فكان ينبغى للمصنف أن يمشى على ما فى الجوهرة حيث قال فيما قبله وان استغرقت تأمل (قوله فيه تردد) الظاهر أن فى المسألة روايتين مبنيتين على أن الدراهم والدنانير جنس واحد أو جنسان ح (قوله مخرجا) بالبناء للمفعول (قوله فيلزمه تسعمائة الخ) لانه ذكر كلمة الشك فى الاستثناء فيثبت أقلهما وهذه رواية أبى سليمان وفى رواية أبى حفص يلزمه تسعمائة قالوا والاول أصح كاكى وصحح قاضى خان فى شرح الزيادات الثانى وهو الموافق لقواعد المذهب كما فى الرمز حموى وكتب السائحانى على الاول هذا ظاهر على مذهب الشافعى من انه خروج بعد دخول وأما على مذهبنا من أن التركيب مفاده مفرد فكأنه قال له تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فنوجب التسعمائة لانها أقل حتى انهم قالوا ثمرة الخلاف تظهر فى مثل هذا التركيب فعندنا يلزمه الاقل لانه لما كان تكلما بالباقى بعد الثنيا شككنا فى المتكلم به والاصل فراغ الذمم وعند الشافعى لما دخل الالف صار الشك فى المخرج فيخرج الاقل زيلعى وصححه قاضى خان اهـ وتعبيرهم بقولهم قالوا والاول أصح يفيد التبرى تأمل (قوله فى المخرج) بالبناء للمفعول (قوله بخروج الاقل) وهو ما دون النصف لان استثناء الشئ استثناء الاقل عرفا وجبنا النصف وزيادة درهم لان أدنى ما تتحقق به القلة النقص عن النصف بدرهم (قوله أو فلان) ولو شاء لا تلزمه ولو الجية (قوله على خطر) كان حلفت فلك ما ادعيت به فلو حلف لا يلزمه ولو دفع بناء على انه يلزمه فله استرداده كما فى البحر فى فصل صلح الورثة وقيد فى البحر التعليق على خطر بأن لم يتضمن دعوى الاجل قال وان تضمن كاذا جاء رأس الشهر فلك على كذا لزمه للحال ويستحلف المقر له فى الاجل اهـ تأمل وفى البحر أيضا ومن التعليق المبطل له ألف الا أن يبدو لى غير ذلك أو أرى غيره أو فيما أعلم وكذا أشهد وأن له على كذا فيما أعلم (قوله فانه ينجز) أى فى تعلقه بكائن لانه ليس تعليقا حقيقة بل مراده به أن يشهدهم لتبرأ ذمته بعد موته ان جحد الورثة فهو عليه مات أو عاش لكن قدم فى متفرقات البيع انه يكون وصية (قوله بطل اقراره) على قول أبى يوسف ان التعليق بالمشيئة ابطال وقال محمد تعليق بشرط لا يوقف عليه والثمرة تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند أبى يوسف لا يقع لانه ابطال وقال محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط كفاية ولو جرى على لسانه ان شاء الله من غير قصد وكان قصده ايقاع الطلاق لا يقع لان الاستثناء موجود حقيقة والكلام معه لا يكون ايقاعا عينى (قوله لو ادعى المشيئة) أى ادعى انه قال ان شاء الله تعالى ح (قوله قاله المصنف) قال الرملى فى حواشيه أقول الفقه يقتضى انه اذا ثبت اقراره بالبينة لا يصدق الا ببينة أما اذا قال ابتداء اقررت له بكذا مستثنيا فى اقرارى يقبل قوله بلا بينة كأنه قال له عندى كذا ان شاء الله تعالى بخلاف الاول لانه يريد ابطاله بعد تقرره تأمل اهـ (قوله لدخوله تبعا) ولهذا لو استحق البناء فى البيع قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن بمقابله بل يتخير المشترى بخلاف البيت تسقط حصته من الثمن (قوله وان قال بناؤها الخ) قال فى الذخيرة واعلم أن هذه خمس مسائل وتخريجها على أصلين الاول أن الدعوى قبل الاقرار لا تمنع صحة الاقرار بعده والدعوى بعد الاقرار فى بعض ما دخل تحت الاقرار لا تصح والثانى أن اقرار الانسان حجة على نفسه لا على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناؤها لى

(ويكون المستثنى القيمة) استحسانا لثبوتها فى الذمة فكانت كالثمنين (وان استغرقت) القيمة (جميع ما أقرّ به) لاستغراقه بغير المساوى (بخلاف) له على (دينار الا مائة درهم) لاستغراقه بالمساوى فيبطل لانه استثنى الكل بحر لكن فى الجوهرة وغيرها على مائة درهم الا عشرة دنانير وقيمتها مائة أو أكثر لا يلزمه شئ فيه تردد (واذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الاقل مخرجا نحو له على ألف درهم الا مائة) درهم (أو خمسين) درهما فيلزمه تسعمائة وخمسون على الاصح بحر (واذا كان المستثنى مجهولا ثبت الاكثر نحو له على مائة درهم الا شيأ أو الا قليلا أو) الا (بعضا لزمه احد وخمسون) لوقوع الشك فى المخرج فيحكم بخروج الاقل (ولو وصل اقراره بان شاء الله تعالى) أو فلان أو علقه بشرط على خطر لا بكائن كان مت فانه ينجز (بطل اقراره) بقى لو ادعى المشيئة هل يصدق لم أره وقدمنا فى الطلاق أن المعتمد لا فليكن الاقرار كذلك لتعلق حق العبد قاله المصنف (وصح استثناء البيت من الدار لا استثناء البناء) منها لدخوله تبعا فكان وصفا واستثناء الوصف لا يجوز (وان قال بناؤها لى

وعرصتها لك فكما قال) لان العرصة هي البقعة لا البناء حتى لو قال وأرضها لك كان له البناء أيضا لدخوله تبعا الا اذا قال بناؤها لزيد والارض لعمرو فكما قال (و) استثناء (فص الخاتم ونخلة البستان وطوق الجارية كالبناء) فيما مر (وان قال) مكلف (له على ألف من ثمن عبد ما قبضته) الجملة صفة عبد وقوله (موصولا) باقراره حال منها ذكره في الحاوي فليحفظ (وعينه) أي عين العبد وهو في يد المقر له (فان سلمه الى المقر لزمه الالف والا لا) عملا بالصفة (وان لم يعين) العبد (لزمه) الالف (مطلقا) وصل أم فصل وقوله ما قبضته لغو لانه رجوع (كقوله من ثمن خمر أو خنزير أو مال قمار أو حر أو ميتة أو دم) فيلزمه مطلقا (وان وصل) لانه رجوع (الا اذا صدقه أو أقام بينة) فلا يلزمه (ولو قال له على ألف درهم حرام أو ربا فهي لازمة مطلقا) وصل أم فصل لاحتمال حله عند غيره (ولو قال زورا أو باطلا لزمه ان كذبه المقر له والا) بأن صدقه (لا) يلزمه (والاقرار بالبيع تلجئة) هي أن يلجئك أن تأتي أمرا باطنه على خلاف ظاهره فانه (على هذا التفصيل) ان كذبه لزم البيع والا لا (ولو قال له على ألف درهم زيوف) ولم يذكر السبب (فهي كما قال على الاصح) بحر (ولو قال له على ألف) من ثمن متاع أو قرض وهي زيوف مثلا لم يصدق مطلقا لانه رجوع ولو قال (من غصب أو وديعة الا انها زيوف أو نبهرجة صدق مطلقا) وصل أم فصل (وان قال ستوقة أو رصاص فان وصل صدق وان فصل لا) لانها دراهم مجازا (وصدق) بيمينه (في غصبته) أو أودعني (ثوبا اذا جاء بمعيب) ولا بينة (و) صدق (في له على ألف) ولو من ثمن متاع مثلا (الا انه ينقص كذا) أي الدراهم وزن خمسة لا وزن سبعة (متصلا وان فصل) بلا ضرورة (لا) يصدق لصحة استثناء القدر لا الوصف كالزيافة (ولو قال) لآخر (أخذت منك ألفا وديعة فهلكت) في يدي بلا تعد (وقال الآخر بل) أخذتها مني (غصبا ضمن) المقر لاقراره بالاخذ وهو سبب الضمان (وفي) قوله أنت (أعطيتنيه وديعة وقال الآخر) بل (غصبته) مني (لا) يضمن بل القول له لانكاره الضمان (وفي هذا كان وديعة) أو قرضا لي (عندك فأخذته) منك (فقال) المقر له (بل هو لي أخذه المقر له) لو قائما والا فقيمته لاقراره باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان (وصدق من قال آجرت) فلانا (فرسي) هذه (أو ثوبي هذا فركبه أو لبسه) أو أعرته ثوبي أو أسكنته بيتي (ورده أو خاط) فلان (ثوبي هذا بكذا فقبضته) منه وقال فلان بل ذلك لي (فالقول للمقر) استحسانا

وأرضها لفلان انما كان لفلان لانه أولا ادعى البناء وثانيا أقر به لفلان تبعا للارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال أرضها لي وبناؤها لفلان فكما قال لانه أولا ادعى البناء لنفسه تبعا وثانيا أقر به لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه واذا قال أرضها لفلان وبناؤها لي فهما لفلان لانه أولا أقر له بالبناء تبعا وثانيا ادعاه لنفسه والدعوى بعد الاقرار في بعض ما تناوله الاقرار لا تصح واذا قال أرضها لفلان وبناؤها لفلان آخر فهما للمقر له الاول لانه اولا اقر بالبناء له تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان آخر يصير مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناؤها لفلان وأرضها لفلان آخر فكما قال لانه أولا أقر بالبناء للاول وثانيا صار مقرا على الاول بالبناء للثاني فلا يصح كفاية ملخصا (قوله فكما قال) وكذا لو قال بياض هذه الارض لفلان وبناؤها لي (قوله هي البقعة) فقصر الحكم عليها يمنع دخول الوصف تبعا (قوله فص الخاتم) انظر ما في الحامدية عن الذخيرة (قوله ونخلة البستان) الا أن يستثنيها بأصولها لان أصولها دخلت في الاقرار قصدا لا تبعا وفي الخانية بعد ذكر الفص والنخلة وحلية السيف قال لا يصح الاستثناء وان كان موصولا الا أن يقيم المدعي البينة على ما ادعاه لكن في الذخيرة لو أقر بأرض أو دار لرجل دخل البناء والاشجار حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك على أن البناء والاشجار له لم تقبل بينته اه الا أن يحمل على كونه مفصولا لا موصولا كما أشار لذلك في الخانية سائحاني (قوله وطوق الجارية) استشكل بأنهم نصوا انه لا يدخل معها تبعا الا المعتاد للمهنة لا غيره كالطوق الا أن يحمل على انه لا قيمة له كثيرة أقول ذاك في البيع لانها وما عليها للبائع أما هنا لما أقر بها ظهر أنها للمقر له والظاهر منه أن ما عليها لمالكها فيتبعها ولو جليلا تأمل (قوله فيما مر) أي من انه لا يصح (قوله له على ألف) قيد به لانه لو قال ابتداء اشتريت منه مبيعا الا أني لم أقبضه قبل قوله كما قبل قول البائع بعته هذا ولم أقبض الثمن والمبيع في يد البائع لانه منكر قبض المبيع أو الثمن والقول للمنكر بخلاف ما هنا لان قوله ما قبضته بعد قوله له على كذا رجوع فلا يصح أفاده الرملي (قوله حال منها) أي من الجملة (قوله فان سلمه) لعلهم أرادوا بالتسليم هنا الاحضار أو يخص هذا من قولهم يلزم المشتري تسليم الثمن أولا لانه ليس ببيع صريح مقدسي أبو السعود ملخصا (قوله ان كذبه) في كونه زورا أو باطلا (قوله ان كذبه لزم البيع والا لا) وفي البدائع كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الاقرار بالتلجئة بأن يقول لآخر اني أقر لك في العلانية بمال وتواضعا على فساد الاقرار لا يصح اقراره حتى لا يملكه المقر له سائحاني (قوله صدق مطلقا) لان الغاصب يغصب ما يصادف والمودع يودع ما عنده فلا يقتضي السلامة ومما يكثر وقوعه ما في التاترخانية اعرتني هذه الدابة فقال لا ولكنك غصبتها فان لم يكن المستعير ركبها فلا ضمان والا ضمن وكذا دفعتها الي عارية أو أعطيتنيها عارية وقال أبو حنيفة ان قال أخذتها منك عارية وجحد الآخر ضمن واذا قال أخذت هذا الثوب منك عارية فقال أخذته مني بيعا فالقول للمقر ما لم يلبسه لانه منكر الثمن فان لبس ضمن اعرتني هذا فقال لا بل آجرتك لم يضمن ان هلك بخلاف قوله غصبته لكن يضمن ان كان استعمله (قوله أي الدراهم) مثله في الشرنبلالية لكن في العيني قوله الا انه ينقص كذا أي مائة درهم وهذا ظاهر فتال (قوله والا فقيمته) فيه أن فرض المسألة

فى المشار اليه الا أن يقال كان موجودا حين الاشارة ثم استهلكه المقرّ تأمّل فتال (قوله هذا الالف وديعة فلان الخ) وسيأتى قبيل الصلح مالو قال اوصى أبى بثلث ماله لفلان بل لفلان (قوله لانه لم يقرّ بايداعه) اى فلم يكن مقرّا بسبب الضمان بخلاف الاولى فانه حيث أقرّ بأنه وديعة لفلان آخر يكون ضامنا حيث أقرّ بها للاوّل لصحة اقراره بها للاوّل فكانت ملك الاوّل ولا يمكنه تسليمها للثانى بخلاف ما اذا باع الوديعة ولم يسلمها للمشترى لا يكون ضامنا بمجرّد البيع حيث يمكنه دفعها لربها هذا ما ظهر فتأمل (فرع) أقرّ بمالين واستثنى كله على ألف درهم ومائة دينار الا درهما فان كان المقرّ له فى المالين واحدا يصرف الى المال الثانى وان لم يكن من جنسه قياسا والى الاوّل استحسانا لو من جنسه وان كان المقرّ له رجلين يصرف الى الثانى مطلقا مثل لفلان على ألف درهم ولفلان آخر على مائة دينار الا درهما هذا كله قولهما وعلى قول محمد ان كان الرجل يصرف الى جنسه وان لرجلين لا يصح الاستثناء أصلا تتارخانية عن المحيط (قوله اكثرهما قدرا) اى لو جنسا واحدا فلو جنسين كألف درهم لا بل ألف دينار لزمه الالفان ط ملخصا (قوله ولو قال الدين الخ) عبارة الحاوى القدسى قال الدين الذى لى على فلان لفلان ولم يسلطه على القبض اه بلا ذكر لفظة لو تحرير كذا فى الهامش (قوله لما مرّ) أوائل كتاب الاقرار (قوله فيلزم التسليم) اى فلا تصح هبته من غير من عليه الدين الا اذا سلطه على قبضه (قوله ولو لم يسلطه الخ) لو هنا شرطية لا وصلية (قوله واسمى الخ) حاصله ان سلطه على قبضه او لم يسلطه ولكن قال اسمى فيه عارية يصح كما فى فتاوى المصنف وعلى الاوّل يكون هبة وعلى الثانى اقرارا وتكون اضافته الى نفسه اضافة نسبة لا ملك كما ذكره الشارح فيما مرّ وانما اشترط قوله واسمى عارية ليكون قرينة على ارادة اضافة النسبة وعليه يحمل كلام المتن ويكون اطلاقا فى محل التقييد فلا اشكال حينئذ فى جعله اقرارا ولا يخالف الاصل المارّ للقرينة الظاهرة وفى شرح الوهبانية امرأة قالت الصداق الذى لى على زوجى ملك فلان ابن فلان لا حق لى فيه وصدّقها المقرّ له ثم ابرأت زوجها قيل يبرأ وقيل لا والبراءة اظهر لما أشار اليه المرغينانى من عدم صحة الاقرار فيكون الابراء ملاقيا لمحله اه فان هنا الاضافة للملك ظاهرة لانّ صداقها لا يكون لغيرها فكان اقرارها له هبة بلا تسليط على القبض وأعاد الشارح المسألة فى متفرّقات الهبة واستشكلها وقد علمت زوال الاشكال بعون الملك المتعال فاغتنمه (قوله وهو المذكور) اى قوله وان لم يقله لم يصح

(باب اقرار المريض)

(قوله وحدّه) مبتدأ وقوله مرّ الخ خبر فى الهندية المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت وهو الاصح اه وفى الاسماعيلية من به بعض مرض يشتكى منه وفى كثير من الاوقات يخرج الى السوق ويقضى مصالحه لا يكون به مريضا مرض الموت وتعتبر تبرّعاته من كل ماله واذا باع لوارثه او وهبه لا يتوقف على اجازة باقى الورثة (قوله نافذ) لكن يحلف الغريم كما مرّ قبيل باب التحكيم ومثله فى قضاء الاشباه قال فى الاصل اذا أقرّ الرجل فى مرضه بدين لغير وارث فانه يجوز وان أحاط ذلك بماله وان أقرّ لوارث فهو باطل الا أن يصدّقه الورثة اه وهكذا فى عامّة الكتب المعتبرة من مختصرات الجامع الكبير وغيرها لكن فى الفصول العمادية ان اقرار المريض للوارث لا يجوز حكاية ولا ابتداء واقراره للاجنبى يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال اه قلت وهو مخالف لما اطلقه المشايخ فيحتاج الى التوفيق وينبغى أن يوفق بينهما بأن يقال المراد بالابتداء ما يكون صورته صورة اقرار وهو فى الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن ذلك الذى أقرّ به ملك له وانما قصد اخراجه فى صورة الاقرار حتى لا يكون فى ذلك منة ظاهر على المقرّ كما يقع أن الانسان يريد أن يتصدّق على فقير فيقرضه بين الناس واذا خلا به وهبه منه او لئلا يحسد على ذلك من الورثة فيحصل منهم ايذاء فى الجملة بوجه ما وأما الحكاية فهى على حقيقة الاقرار وبهذا الفرق أجاب بعض علماء عهدنا المحققين وهو العلامة على المقدسى كما فى حاشية الفصولين للرملى أقول ومما يشهد لصحة ما ذكرنا من الفرق ما صرّح به صاحب القنية أقرّ الصحيح بعبد فى يد أبيه لفلان ثم مات الاب والابن مريض فانه يعتبر خروج العبد من ثلث المال لانّ اقراره متردّد بين أن يموت الابن أوّلا فيبطل وبين أن يموت الاب أوّلا فيصح فصار كالاقرار المبتدا فى المرض قال استاذنا فهذا كالتنصيص على أن المريض اذا أقرّ بعين فى يده للاجنبى فانما يصح اقراره من جميع

لانّ اليد فى الاجارة ضرورية بخلاف الوديعة (هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة فلان فالالف للاوّل وعلى المقرّ) ألف (مثله للثانى بخلاف هى لفلان لا بل لفلان) بلا ذكر ايداع (حيث لا يجب عليه للثانى شئ) لانه لم يقرّ بايداعه وهذا (ان كانت معينة وان كانت غير معينة لزمه أيضا كقوله غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكرّ حنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله وان كانت بعينها فهى للاوّل وعليه للثانى مثلها ولو كان المقرّ له واحدا يلزمه اكثرهما قدرا وأفضلهما وصفا) نحو له ألف درهم لا بل ألفان أو ألف درهم جياد لا بل زيوف او عكسه (ولو قال الدين الذى لى على فلان) لفلان (او الوديعة التى عند فلان هى لفلان فهو اقرار له وحق القبض للمقرّ و) لكن (لو سلم الى المقرّ له برئ) خلاصة لكنه مخالف لما مرّ أنه ان أضاف لنفسه كان هبة فيلزم التسليم ولذا قال فى الحاوى القدسى ولو لم يسلطه على القبض فان قال واسمى فى كتاب الدين عارية صح وان لم يقله لم يصح قال المصنف وهو المذكور فى عامّة المعتبرات خلافا للخلاصة فتأمل عند الفتوى

(باب اقرار المريض)

يعنى مرض الموت وحدّه مرّ فى طلاق المريض وسيجئ فى الوصايا (اقراره بدين لاجنبى نافذ من كل ماله) بأثر عمر ولو بعين فكذلك الا اذا علم تملكه لها فى مرضه فيتقيد بالثلث ذكره المصنف

المال اذا لم يكن تمليكه اياه فى ثلث مرضه معلوما حتى امكن جعل تمليكه اظهارا فأما اذا علم تملكه فى حال مرضه فاقراره به لا يصح الا من ثلث المال قال رحمه الله وانه حسن من حيث المعنى اه قلت وانما قيد حسنه بكونه من حيث المعنى لانه من حيث الرواية مخالف لما اطلقوه فى مختصرات الجامع الكبير فكان اقرار المريض لغير وارثه صحيحا مطلقا وان أحاط بماله والله سبحانه اعلم معين المفتى ونقله شيخ مشايخنا منلا على ثم قال بعد كلام طويل فالذى تحرر لنا من المتون والشروح أن اقرار المريض لاجنبى صحيح وان أحاط بجميع ماله وشمل الدين والعين والمتون لا تمشى غالبا الا على ظاهر الرواية وفى البحر من باب قضاء الفوائت متى اختلف الترجيح رجح اطلاق المتون اه وقد علمت أن التفصيل مخالف لما أطلقه وأن حسنه من حيث المعنى لا الرواية اه وقد علمت أن مانقله الشارح عن المصنف لم يرتضه المصنف الا اذا علم تملكه لها اى بقاء ملكه لها فى زمن مرضه (قوله فى معينه) وهو معين المفتى للمصنف (قوله ودين الصحة) مبتدأ خبره جملة قدم (قوله فباطلة) اى ان لم تجزها الورثة لكونها وصية لزوجته الوارثة (قوله والمريض) بخلاف الصحيح كما فى حبس العناية (قوله ليس له) اى للمريض ومفاده أن تخصيص الصحيح صحيح كما فى بحر النهاية شرح الملتقى (قوله بعض الغرماء) ولو غرماء صحة (قوله اعطاء مهر) بهمز اعطاء ونصبه واضافته الى مهر (قوله فلا يسلم لهما) بفتح الياء واللام واسكان السين المهملة اى بل يشاركهما غرماء الصحة لان ما حصل له من النكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلق حقهم فكان تخصيصها أيضا لا لحق الغرماء بخلاف ما بعده من المسألتين لانه حصل فى يده مثل ما نقد وحق الغرماء تعلق بمعنى التركة لا بالصورة فاذا حصل له مثله لا يعد تفويتا كفاية (قوله اى ثبت كل منهما) اى من القرض والشراء (قوله واذا أقر الخ) ولو للوارث عليه دين فأقر بقبضه لم يجز سواء وجب الدين فى صحته أولا على المريض دين أولا قط ط اقرت بقبض مهرها فلو ماتت وهى زوجته او معتدته لم يجز اقرارها والا بأن طلقها قبل دخوله جاز جغ فصولين قع عت مريض قال فى مرض موته ليس لى فى الدنيا شئ ثم مات فلبعض الورثة أن يحلفوا زوجته وبنته على انهما لا يعلمان شيأ من تركة المتوفى بطريقة اسنع وكذا لو قال ليس لى فى الدنيا شئ سوى هذا حاوى الزاهدى فرمز قع للقاضى عبد الجبار و عت لعلا تاجرى واسنع للاسرار لنجم الدين ابراء الزوجة زوجها فى مرض موتها الذى ماتت فيه موقوف على اجازة بقية الورثة فتاوى الشلبى حامدية كذا فى الهامش (قوله الوديعة اولى) لانه حين اقر بها علم انها ليست من تركته ثم اقراره بالدين لا يكون شاغلا لما لم يكن من جملة تركته بزازية (قوله وابراؤه مديونه وهو مديون) قيد به احترازا عن غير المديون فان ابراءه الاجنبى نافذ من الثلث كما فى الجوهرة سائحانى (فائدة) أقر فى مرضه بشئ فقال كنت نقلته فى الصحة كان بمنزلة الاقرار فى المرض من غير اسناد الى زمن الصحة اشباه وفى البزازية عن المنتقى أقر فيه أنه باع عبده من فلان وقبض الثمن فى صحته وصدقه المشترى فيه صدق فى البيع لا فى قبض الثمن الا من الثلث اه ونقله فى نور العين عن الخلاصة ونقل قبله عن الخانية أقر أنه ابرأ فلانا فى صحته من دينه لم يجز اذ لا يملك انشاءه للحال فكذا الحكاية بخلاف اقراره بقبض اذ يملك انشاءه فيملك الاقرار به ثم قال فلعل فى المسألة روايتين أو أحدهما سهو والظاهر أن ما فى الخانية أصح وقال أيضا قوله اذ لا يملك انشاءه للحال مخالف لما فيها أيضا أنه يجوز ابراء الاجنبى الا أن يخص عدم القدرة على الانشاء بكون فلان وارثا أو بكون الوارث كفيلا لفلان الاجنبى ففى اطلاقه نظر اه قلت او بكون المقر مديونا كما أفاده المصنف (قوله اجنبيا) الا أن يكون الوارث كفيلا عنه فلا يجوز اذ يبرأ الكفيل ببراءة الاصيل جامع الفصولين ولو أقر الاجنبى باستيفائه دينه منه صدق كما بسطه فى الولوالجية (قوله فلا يجوز) سواء كان من دين له عليه أصالة او كفالة وكذا اقراره بقبضه واحتياله به على غيره فصولين وفى الهامش أقر مريض مرض الموت أنه لا يستحق عند زوجته هند حقا وأبرأ ذمتها من كل حق شرعى ومات عنها وورثة غيرها وله تحت يدها أعيان وله بذمتها دين والورثة لم يجيزوا الاقرار لا يكون الاقرار صحيحا حامدية (قوله يشمل الوارث) صرح به فى جامع الفصولين حيث قال مريض له على وارثه دين فأبرأه لم يجز ولو قال لم يكن لى عليك شئ ثم مات جاز اقراره قضاء لا ديانة اه وينبغى لو ادعى الوارث الآخر أن المقر كاذب فى اقراره أن يحلف المقر له بأنه لم يكن كاذبا بناء على قول أبى يوسف المفتى به كما مر قبيل باب الاستثناء وفى البزازية ادعى عليه ديونا ومالا وديعة فصالح الطالب على يسير سرا

فى معينه فليحفظ (وآخر الارث عنه ودين الصحة) مطلقا (وما لزمه فى مرضه بسبب معروف) ببينة او بمعاينة قاض (قدم على ما أقر به فى مرض موته ولو) المقر به (وديعة) وعند الشافعى الكل سواء (والسبب المعروف) ما ليس بتبرع (كنكاح مشاهد) ان بمهر المثل أما الزيادة فباطلة وان جاز النكاح عناية (وبيع مشاهد واتلاف كذلك) اى مشاهد (و) المريض (ليس له أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو) كان ذلك (اعطاء مهر وايفاء اجرة) فلا يسلم لهما (الا) فى مسألتين (اذا قضى ما استقرض فى مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه) لو بمثل القيمة كما فى البرهان (وقد علم ذلك) اى ثبت كل منهما (بالبرهان) لا باقراره للتهمة (بخلاف) اعطاء المهر ونحوه و(ما اذا لم يؤد حتى مات فان البائع اسوة للغرماء) فى الثمن (اذا لم تكن العين) المبيعة (فى يده) اى يد البائع فان كانت كان اولى (واذا أقر) المريض (بدين ثم) أقر (بدين تحاصا وصل او فصل) للاستواء ولو أقر بدين ثم بوديعة تحاصا وبعكسه الوديعة اولى (وابراؤه مديونه وهو مديون غير جائز) اى لا يجوز (ان كان اجنبيا وان) كان (وارثا فلا) يجوز (مطلقا) سواء كان المريض مديونا أولا للتهمة وحيلة صحته أن يقول لا حق لى عليه كما أفاده بقوله (وقوله لم يكن لى على هذا المطلوب شئ) يشمل الوارث وغيره

واقر

وأقرّ الطالب في العلانيـة انه لم يكن له على المدّعى عليـه شئ وكان ذلك في مرض المدّعى ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لمورّثي عليه أموال كثيرة وانمـا قصد حرماننا لاتسمع وان كان المدّعى عليه وارث المدّعى وجرى ماذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الاقرار تسمع اهـ وينبغي أن يكون في مسألتنـا كذلك لكن فرق في الاشباه بكونه متهما في هذا الاقرار لتقدّم الدعوى عليه والصلح جعله على يسير والكلام عند عدم قرينة على التهمة اهـ قلت وكثيرا ما يقصد المقرّ حرمان بقية الورثة في زماننا وتدل عليه قرائن الاحوال القريبة من الصريح فعلى هذا تسمع دعواهم بأنه كان كاذبا وتقبل بينتهم على قيام الحق على المقرّ له ولهذا قال السائحاني ما في المتن اقرار وابراء وكلاهمـا لا يصح للوارث كما في المتون والشروح فلا يعوّل عليه لئلا يصير حيلة لاسقاط الارث الجبري اهـ والله اعلم (قوله صحيح قضاء) ومر في الفروع قبيل باب الدعوى (قوله كما بسطه في الاشـباه) أقول قد خالفه علماء عصره وأفتوا بعدم الصحة منهم ابن عبد العال والمقدسي وأخو المصنف والحانوتي والرملي وكتب الحموي في الردّ على ما قاله نقلا عن تقدّم كتابة حسنة فلتراجع أقول وحاصل ماذكره الرملي أن قوله لم يكن عليه شئ مطابق لما هو الاصل من خلوّ ذمّته عن دينه فليس اقرارا بل كاعترافه بعين في يد زيد بأنها لزيد فانتفت التهـمة ومثـله ليس له على والده شئ من تركة امّه وليس لي على زوجي مهر عـلى المرجوح بخلاف ما هنا فان اقرارها بما في يدها اقرار بملكها للوارث بلا شك لان اقصى ما يستدل به على الملك اليد فكيف يصح وكيف تنتفي التهمة والنقول مصرّحة بأن الاقرار بالعين التي في يد المقرّ كالاقرار بالدين واذا لم يصح في المهر عـلى الصحيح مع أن الاصـل براءة الذمة فكيف يصح فيمـا فيه الملك مشاهد باليـد نعم لو كانت الامتعة بيد الاب فلا كلام في الصحة وفي حاشـية البيري الصواب أن ذلك اقرار للوارث بالعين بصيغة النفي وما استند له المصـنف في الدين لا العين وهو وصف في الذمّة وانما يصير مالا بقبضه (قوله أو مع اجنبي) قال في نور العين أقرّ لوارثه ولاجنبي بدين مشترك بطل اقراره عندهما تصـادقا في الشركة اوتكاذبا وقال محمد للاجنبي بحصته لو أنكر الاجنبي الشركة وبالعكس لم يذكره محمد ويجوز أن يقـال انه عـلى الاختلاف والصحيح أنه لم يجز على قول محمـد كما هو قولهما (قوله الا أن يصدّقه) اى بعد موته ولا عبرة لاجازتهـم قبله كما في خزانة المفتين وان أشار صاحب الهداية لضدّه وأجاب به ابنه نظام الدين وحافده عماد الدين ذكره القهستاني شرح الملتقى وفي النعـمية اذا صدّق الورثة اقرار المريض لوارثه في حياته لا يحتاج لتصديقهم بعد وفاته وعزاه لحاشـية مسكين قال فلم تجعل الاجازة كالتصديق ولعله لانهـم أقرّوا اهـ وقدّم الشارح في باب الفضولي وكـذا وقف بيعه لوارثه على اجازتهـم اهـ في الخلاصة نفس البيع من الوارث لا يصح الا باجازة الورثة يعني في مرض الموت وهو الصحيح وعندهما يجوز لكن ان كان فيه غبن او محاباة يخير المشتري بين الردّ أو تكميل القيمة سائحاني (قوله او أوصى) في بعض النسخ وأوصى بدون ألف (قوله لزوجتـه) يعني ولم يكن له وارث آخر وكذا في عكسه كما في الشرنبلالية قاله شيخ والدي مدني (قوله صحت) ومثله في حاشـية الرملي على الاشـباه فراجعها (قوله وأما غيرهما) اى غير الزوجين وفي الهامش أقرّ رجل في مرضه بأرض في يده انها وقف ان أقرّ بوقف من قبل نفسه كان من الثلث كما لو أقرّ المريض بعتق عبده أو أقرّ أنه تصدّق به على فلان وهي المسألة الاولى قال وان أقرّ بوقف من جهة غيره ان صدّقه ذلك الغـير او ورثته جاز في الكل وان أقرّ بوقف ولم يبين أنه منه أو من غيره فهو من الثلث ابن الشحنة كذا في الهامش (قوله صح الخ) هذا مشكل فليراجع (قوله لما زعمه الطرسوسي) اى من أنه يكون من الثلث مع تصديق السلطان اهـ ح كذا في الهامش (قوله ولو كان ذلك) اى الاقرار ولو وصلية (قوله بقبض دينه) قال في الخانية لا يصح اقرار مريض مات فيه بقبض دينه من وارثه ولا من كفيل وارثه الخ ما يأتي في القرب من ذلك عن نور العين وقيد بدين الوارث احترازا عن اقراره باستيفاء دين الاجنبي والاصـل فيه أن الدين لو كان وجب له على أجنبي في صحته جاز اقراره باستيفائه ولو عليـه دين معروف سواء وجب ما أقرّ بقبضه بدلا عما هو مال كثمن أولا كبدل صلح دم العمد والمهر ونحوه ولو دينا وجب في مرضه وعليـه دين معروف او دين وجب بمعاينة الشهود فلو ما أقرّ بقبضه بدلا عما هو مال لم يجز اقراره اى في حق غرماء الصحة كما نقله السائحاني عن البدائع ولو بدلا عما ليس بمال جاز اقراره بقبضه ولو عليه دين معروف جامع الفصولين وفيه لو باع في مرضه شيا بأكثر من قيمته فاقرّ بقبضه لم يصدّق وقيل للمشتري أدّ ثمنه

٢ (صحيح قضاء لا ديانة) فترتفع به مطالبة الدنيا لا مطالبة الآخرة حاوي الا المهر فلا يصح على الصحيح بزازية اى لظهور أنه عليه غالبا بخلاف اقرار البنت في مرضها بأن الشئ الفلاني ملك أبي أو أمّي لا حق لي فيه اوانه كان عندي عارية فانه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيه كما بسطه في الاشباه قائلا فاغتنم هذا التحرير فانه من مفردات كتابي (وان أقرّ المريض لوارثه) بمفرده اومع اجنبي بعين اودين (بطل) خلافا للشافعي رضي الله تعالى عنه ولنا حديث لا وصية لوارث ولا اقرار له بدين (الا أن يصدّقه) بقية (الورثة) فلو لم يكن وارث آخر أو أوصى لزوجته اوهي له صحت الوصية وأما غيرهما فيرث الكل فرضا وردّا فلا يحتاج لوصية شرنبلالية وفي شرحه للوهبانية أقرّ بوقف ولا وارث له فلو على جهة عامّة صح بتصديق السلطان او نائبه وكذا الوقف خلافا لما زعمه الطرسوسي فليحفظ (ولو) كان ذلك (اقرارا بقبض دينه)

أو غصبه أو رهنه ونحو ذلك (عليه) ٤٦٤ أي على وارثه أو عبد وارثه أو مكاتبه لا يصح لوقوعه لمولاه ولو فعله ثم برئ ثم مات جاز كل ذلك

لعدم مرض الموت اختيار ولو مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المريض جاز اقراره كاقراره للاجنبي بحر وسيجيء عن الصيرفية (بخلاف اقراره له) اي لوارثه (بوديعة مستهلكة) فانه جائز وصورته أن يقول كانت عندي وديعة لهذا الوارث فاستهلكتها جوهرة والحاصل أن الاقرار للوارث موقوف الا في ثلاث مذكورة في الاشباه منها اقراره بالامانات كلها ومنها النفي كلا حق لي قبل أبي او امي وهذه الحيلة في ابراء المريض وارثه ومنه هذا الشيء الفلاني ملك أبي او امي كان عندي عارية وهذا حيث لا قرينة وتمامه فيها فليحفظ فانه مهم (أقر فيه) اي في مرض موته (لوارثه يؤمر في الحال بتسليمه الى الوارث فاذا مات رده) بزازية وفي القنية تصرفات المريض نافذة وانما تنقض بعد الموت (والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لا وقت الاقرار) فلو أقر لاخيه مثلا ثم ولد له صح الاقرار لعدم ارثه (الا اذا صار وارثا) وقت الموت (بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة) فيجوز كما ذكره بقوله (فلو أقر لها) اي لاجنبية (ثم تزوجها صح بخلاف اقراره لاخيه المحجوب) بكفر او ابن (اذا زال حجبه) باسلامه او بموت الابن فلا يصح لان ارثه بسبب قديم لا جديد (وبخلاف الهبة) لها في مرضه (والوصية لها) ثم تزوجها فلا تصح لان الوصية تمليك بعد الموت وهي حينئذ وارثة

مرة اخرى او انتقض البيع عند أبي يوسف وعند محمد يؤدي قدر قيمته او نقض البيع (قوله او غصبه) اي بقبض ما غصبه منه (قوله ونحو ذلك) كأن يقر أنه قبض المبيع فاسدا منه او أنه رجع فيما وهبه له مريضا حموي ط (فرع) أقر بدين لوارثه او لغيره ثم برئ فهو كدين صحته ولو أوصى لوارثه ثم برئ بطلت وصيته جامع الفصولين (تتمة) في التتارخانية عن واقعات الناطفي اشهدت المرأة شهودا على نفسها لابنها او لاخيها تريد بذلك اضرار الزوج او أشهد الرجل شهودا على نفسه بمال لبعض الاولاد يريد به اضرار باقي الاولاد والشهود يعلمون ذلك وسعهم أن لا يؤدوا الشهادة الخ ماذكره العلامة البيري وينبغي على قياس ذلك أن يقال ان كان للقاضي علم بذلك لا يسعه الحكم كذا في حاشية أبي السعود على الاشباه والنظائر (قوله ولو فعله) اي الاقرار بهذه الاشياء للوارث (قوله من ورثة المريض) كما اذا أقر لابن ابنه ثم مات ابن الابن عن أبيه (قوله وسيجيء) اي قريبا (قوله بوديعة) الاصوب باستهلاك الوديعة اي المعروفة بالبينة (قوله مستهلكة) اي وهي معروفة (قوله وصورته) قد أوضح المسألة في الولوالجية ولم يبين بهذه الصورة أن الوديعة معروفة كما صرح به في الاشباه وفي جامع الفصولين رامزا صورتها أودع أباه ألف درهم في مرض الاب أو صحته عند الشهود فلما حضره الموت أقر باهلاكه صدق اذ لو سكت ومات ولا يدرى ما صنع كان في ماله فاذا أقر باتلافه فأولى اه والحاصل أن مدار الاقرار هنا على استهلاك الوديعة المعروفة لا عليها (قوله والحاصل) فيه مخالفة للاشباه ونصها وأما بمجرد الاقرار للوارث فهو موقوف على الاجازة سواء كان بعين أو دين أو قبض منه أو ابرأه الا في ثلاث لو أقر باتلاف وديعته المعروفة أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه كذا في تلخيص الجامع وينبغي أن يلحق بالثانية اقراره بالامانات كلها ولو مال الشركة او العارية والمعنى في الكل أنه ليس فيه ايثار البعض فاغتنم هذا التحرير فانه من مفردات هذا الكتاب اه ط (قوله اقراره بالامانات) اي بقبض الامانات التي عند وارثه لا بان هذه العين لوارثه فانه لا يصح كما صرح به الشارح قريبا وصرح به في الاشباه وهذا مراد صاحب الاشباه بقوله وينبغي أن يلحق بالثانية اقراره بالامانات كلها فتنبه لهذا فانا رأينا من يخطئ فيه ويقول ان اقراره لوارثه بها جائز مطلقا مع أن النقول مصرحة بأن اقراره له بالعين كالدين كما قدمناه عن الرملي ومن هذا يظهر لك ما في بقية كلام الشارح وهو متابع فيه للاشباه مخالفا للمنقول وخالفه فيه العلماء الفحول كما قدمناه وفي الفتاوى الاسماعيلية سئل فيمن أقر في مرضه أن لا حق له في الاسباب والامتعة المعلومة مع بنته المعلومة وأنها تستحق ذلك دونه من وجه شرعي فهل اذا كانت الاعيان المرقومة في يده وملكه فيها ظاهر ومات في ذلك المرض فالاقرار بها لوارثه باطل الجواب نعم على ما اعتمده المحققون ولو مصدرا بالنفي خلافا للاشباه وقد أنكروا عليه اه ونقله السائحاني في مجموعته ورد على الاشباه والشارح في هامش نسخته وفي الحامدية سئل في مريض مرض الموت أقر فيه أنه لا يستحق عند زوجته هند حقا وأبرأ ذمتها عن كل حق شرعي ومات عنها وعن ورثة غيرها وله تحت يدها أعيان وله بذمتها دين والورثة لم يجيزوا الاقرار فهل يكون غير صحيح الجواب يكون الاقرار غير صحيح والحالة هذه والله تعالى أعلم اه (قوله ومنها النفي) فيه أنه ليس باقرار للوارث كما صوبه في الاشباه (قوله كلا حق لي) هذا صحيح في الدين لا في العين كما مر (قوله أو أمي) ومنها اقراره باتلاف وديعته المعروفة كما في المتن كذا في الهامش (قوله ومنه هذا الشيء) هذا غير صحيح كما علمته مما مر قال في البحر في متفرقات القضاء ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لم يحلف وعند أبي يوسف يحلف للعادة وسيأتي في مسائل شتى آخر الكتاب أن الفتوى على قول أبي يوسف اختاره أئمة خوارزم لكن اختلفوا فيما اذا ادعاه وارث المقر على قولين ولم يرجح في البزازية منهما شيأ وقال الصدر الشهيد الرأي في التحليف الى القاضي وفسره في فتح القدير بأنه يجتهد بخصوص الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين أقر يحلف الخصم وان لم يغلب على ظنه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو في المتفرس في الاخصام اه قلت وهذا مؤيد لما بحثناه والحمد لله (تتمة) قال في التتارخانية عن الخلاصة رجل قال استوفيت جميع مالي على الناس من الدين لا يصح اقراره وكذا لو قال ابرأت جميع غرمائي لا يصح الا أن يقول قبيلة فلان وهم يحصون فحينئذ يصح اقراره وابراؤه (قوله بسبب قديم) اي قائم وقت الاقرار ولو أقر لوارثه وقت اقراره ووقت موته وخرج من أن يكون وارثا فيما بين

ذلك

(أقرّ فيه أنه كان له على ابنته الميتة عشرة دراهم قد استوفيتها وله) اى للمقرّ (ابن ينكر ذلك صح اقراره) لانّ الميت ليس بوارث (كما لو أقرّ لامرأته في مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك) منها (وارثا) صح الاقرار (وقيل لا) قاله بديع الدين صيرفية ولو أقرّ فيه لوارثه ولاجنبيّ بدين لم يصح خلافا لمحمد عمادية (وان أقرّ لاجنبيّ) مجهول نسبه (ثم أقرّ ببنوّته) وصدّقه وهو من أهل التصديق (ثبت نسبه) مستندا لوقت العلوق (و) اذا ثبت (بطل اقراره) لما مرّ ولو لم يثبت بأن كذبه أو عرف نسبه صح الاقرار لعدم ثبوت النسب شرنبلالية معزيا للينابيع (ولو أقرّ لمن طلقها ثلاثا) يعني بائنا (فيه) أى في مرض موته (فلها الاقلّ من الارث والدين) ويدفع لها ذلك بحكم الاقرار لا بحكم الارث حتى لا تصير شريكة في أعيان التركة شرنبلالية (وهذا اذا) كانت في العدّة و(طلقها بسؤالها) فاذا مضت العدّة جاز لعدم التهمة عزمية (وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها) لانها وارثة اذ هو فارّ وأهمله أكثر المشايخ لظهوره من كتاب الطلاق (وان أقرّ لغلام مجهول) النسب في مولده أو في بلد هو فيها وهما في السنّ بحيث (يولد مثله لمثله انه ابنه وصدّقه الغلام) لو مميزا والا لم يحتج لتصديقه كما مرّ وحينئذ (ثبت نسبه) ولو المقرّ (مريضا و) اذا ثبت (شارك) الغلام (الورثة) فان انتفت هذه الشروط يؤاخذ المقرّ من حيث استحقاق المال كما لو أقرّ بأخوة غيره كما مرّ عن الينابيع كذا في الشرنبلالية فيحرّر عند الفتوى (و) الرجل (صح اقراره) أى المريض (بالولد والوالدين) قال في البرهان وان عليا قال المقدسيّ وفيه نظر لقول الزيلعيّ لو أقرّ بالجدّ أو ابن الابن لا يصح لانّ فيه حمل النسب على الغير (بالشروط) الثلاثة (المتقدمة) في الابن

ذلك بطل اقراره عند أبي يوسف لا عند محمد نور العين عن قاضي خان وفي جامع الفصولين أقرّ لابنه وهو قنّ ثم عتق فمات الاب جاز لانه للمولى لا للقنّ بخلاف الوصية لابنه وهو قنّ ثم عتق فانها تبطل لانها حينئذ للابن اهـ وبيانه في المنح وانظر ما كتبناه في الوصايا (قوله ليس بوارث) يفيد أنها لو كانت حية وارثة لم يصح قال في الخانية لا يصح اقرار مريض مات فيه بقبض دين من وارثه ولا من كفيل وارثه ولو كفل في صحته وكذا لو أقرّ بقبضه من اجنبيّ تبرّع عن وارثه وكل رجلا ببيع شئ معين فباعه من وارث موكله وأقرّ بقبض الثمن من وارثه أو أقرّ أنّ وكيله قبض الثمن ودفعه اليه لا يصدّق وان كان المريض هو الوكيل وموكله صحيح فأقرّ الوكيل انه قبض الثمن من المشترى وجحد الموكل صدّق الوكيل ولو كان المشترى وارث الوكيل والموكل والوكيل مريضان فأقرّ الوكيل بقبض الثمن لا يصدّق اذ مرضه يكفي لبطلان اقراره لوارثه بالقبض فرضهما أولى مريض عليه دين محيط فأقرّ بقبض وديعة أو عارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح اقراره لانّ الوارث لو ادّعى ردّ الامانة الى مورّثه المريض وكذبه المورّث يقبل قول الوارث اهـ من نور العين قبيل كتاب الوصية (قوله خلافا لمحمد) (فرع) باع فيه من أجنبيّ عبدا وباعه الاجنبيّ من وارثه أو وهبه منه صح ان كان بعد القبض لانّ الوارث ملك العبد من الاجنبيّ لا من مورّثه بزازية (قوله عمادية) قدّمنا عبارتها عن نور العين (قوله لمن طلقها) أى في مرضه (فرع) اقراره لها أى للزوجة بمهرها الى قدر مثله صحيح لعدم التهمة فيه وان بعد الدخول قال الامام ظهير الدين وقيل جرت العادة بمنع نفسها قبل قبض مقدار من المهر فلا يحكم بذلك القدر اذا لم تعترف بالقبض والصحيح انه يصدّق الى تمام مهر مثلها وان كان الظاهر أنها استوفت شيأ بزازية وفيها أقرّ فيه لامرأته التي ماتت عن ولد بقدر مهر مثلها وله ورثة أخرى لم يصدّقوه في ذلك قال القاضي الامام لا يصح اقراره ولا يناقض هذا ما تقدّم لانّ الغالب هنا بعد موتها استيفاء ورثتها أو وصيها المهر بخلاف الاوّل اهـ (فرع) في التاترخانية عن السراجية ولو قال مشترك أو شركة في هذه الدار فهذا اقرار بالنصف وفي العتابية ومطلق الشركة بالنصف عند أبي يوسف وعند محمد ما يفسره المقرّ ولو قال في الثلثين موصولا صدّق وكذا قوله بيني وبينه أولي وله اهـ (قوله وان أقرّ لغلام) كان الاولى تقديم هذه المسألة على قوله وان أقرّ لاجنبيّ ثم أقرّ ببنوّته لانّ الشروط الثلاثة هنا معتبرة هنالك أيضا كذا في حاشية مسكين عن الحموي (قوله أو في بلد) حكاية قول آخر قال في الحواشي اليعقوبية مجهول النسب من لا يعلم له أب في بلده على ما ذكر في شرح تلخيص الجامع لاكمل الدين والظاهر أنّ المراد به بلد هو فيه كما ذكر في القنية لا مسقط رأسه كما ذكره البعض لانّ المغربيّ اذا انتقل الى المشرق فوقع عليه حادثة يلزم أن يفتش عن نسبه في المغرب وفيه من الحرج ما لا يخفى فليحفظ هذا اهـ (قوله وحينئذ) ينبغي حذفها فان بذكرها صار الشرط بلا جواب ح (قوله هذه الشروط) أى أحدها ح (قوله من حيث استحقاق المال) ان كان المراد بالمال هو المقرّ به كما هو ظاهر قوله كما مرّ أعني بأن أقرّ لاجنبيّ ثم أقرّ ببنوّته ولم تثبت بسبب انتفاء شرط فمع انه تكرار لا محل له هنا وان كان المراد به الارث كما هو ظاهر قوله كما لو أقرّ بأخوة غيره فيكون المعنى ان أقرّ لغلام انه ابنه ولم يثبت نسبه بسبب انتفاء شرط من هذه الشروط شارك الورثة فلا يظهر وجهه اذ تقدّم أن اقراره له بالمال صحيح ولا يصح الاقرار لوارث كما مرّ أنّ المؤاخذة حينئذ ليست للمقرّ بل للورثة حيث شاركهم في الارث ومع هذا فان كان الحكم كذلك فلا بدّ له من نقل صريح حتى يقبل وقد راجعت عدّة كتب فلم أجده ولعل لهذه أمر الشارح بالتحرير فتأمل (قوله عن الينابيع) الذى قدّمه الشرنبلاليّ عن الينابيع عند قوله أقرّ لاجنبيّ ثم ببنوّته نصه ولو كذبه أو كان معروفا النسب من غيره لزمه ما أقرّ به ولا يثبت النسب اهـ ثم كتب هنا ما نقله الشارح عنه (قوله فيحرّر) لم يظهر لي المخالفة الموجبة للتحرير تأمل ح (قوله والرجل صح اقراره) في بعض النسخ اسقاط الرجل ولفظ وصح اقراره (قوله أى المريض) الاولى تركه ح (قوله وان عليا) بتحريك ثلاثة حروفه أى الوالدان وفيه نظر وجهه ظاهر فهو كاقراره ببنت ابن قال في جامع الفصولين أقرّ ببنت فلها النصف والباقي للعصبة اذ اقراره ببنت جائز لا ببنت الابن اهـ وما ذاك الا لانّ فيه تحميل النسب على الابن فتدبر ط (قوله لا يصح) وسيأتي

(و) صح (بالزوجة بشرط خلوّها عن زوج وعدّته وخلوّه) أى المقرّ (عن أختها) مثلا (وأربع سواها و) صح (بالمولى) من جهة العتاقة ان لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غيره) أى غير المقرّ (و) المرأة صح (اقرارها بالوالدين والزوج والمولى) الاصل أن اقرار الانسان على نفسه حجة لا على غيره قلت وماذكره من صحة الاقرار بالامّ كالاب هو المشهور الذى عليه الجمهور وقد ذكر الامام العتابى فى فرائضه أن الاقرار بالامّ لا يصح وكذا فى ضوء السراج لانّ النسب للآباء لا للامّهات وفيه حمل الزوجية على الغير فلا يصح اهـ ولكن الحق صحته بجامع الاصالة فكانت كالاب فليحفظ (و) كذ صح (بالولدان شهدت) امرأة ولو (قابلة) بتعيين الولد أمّا النسب فبالفراش شمنى ولو معتدة جحدت ولادتها فحجة تامّة كما مرّ فى باب ثبوت النسب (أو صدّقها الزوج ان كان) لها زوج (أو كانت معتدّة) منه (و) صح (مطلقا ان لم تكن كذلك) أى مزوّجة ولا معتدّة (أو كانت مزوّجة (وادّعت انه من غيره) فصار كما لو ادّعاه منها لم يصدّق فى حقها الا بتصديقها قلت بقى لو لم يعرف لها زوج غيره لم أره فيحرّر (ولا بدّ من تصديق هؤلاء الا فى الولد اذا كان لا يعبر عن نفسه) لما مرّ أنه حينئذ كالمتاع (ولو كان المقرّ له عبد الغير اشترط تصديق مولاه) لانّ الحق له (وصح التصديق) من المقرّ له (بعد موت المقرّ) لبقاء النسب والعدّة بعد الموت (الا تصديق الزوج بموتها) مقرّة لانقطاع النكاح بموته ولهذا ليس له غسلها بخلاف عكسه (ولو أقرّ) رجل (بنسب) ٤٦٦ فيه تحميل (على غيره) لم يقل من غير ولاد كما فى الدرر لفساده بالجدّ وابن الابن كما قال (كالاخ والعمّ والجدّ وابن الابن لا يصح) الاقرار (فى حق غيره) الا ببرهان ومنه اقرار اثنين كما مرّ فى باب ثبوت النسب فليحفظ وكذا لو صدّقه المقرّ عليه أو الورثة وهم من أهل التصديق (ويصح فى حق نفسه حتى يلزمه) أى المقرّ (الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا عليه) أى على ذلك الاقرار لانّ اقرارهما حجة عليهما (فان لم يكن له) أى لهذا المقرّ (وارث غيره مطلقا) لا قريبا كذوى الارحام ولا بعيدا كمولى الموالاة عينى وغيره (ورثه والالا) لانّ نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف والمراد غير الزوجين لانّ وجودهما غير مانع قاله ابن الكمال ثم للمقرّ أن يرجع عن اقراره لانه وصية من وجه زيلعى أى وان صدّقه المقرّ له كما فى البدائع لكن نقل المصنف عن شروح السراجية أنّ بالتصديق يثبت النسب فلا ينفع الرجوع فليحرّر

متنا التصريح به (قوله وكذا صح) أى اقرارها (قوله ولو قابلة) أفاد بمقابلته بعده بقوله أو صدّقها الزوج أن هذا حيث جحد الزوج وادّعته منه وأفاد أنها ذات زوج بخلاف المعتدّة كما صرّح به الشارح امّا اذا لم تكن ذات زوج ولا معتدّة أو كان لها زوج وادّعت أنّ الولد من غيره فلا حاجة الى أمر زائد على اقرارها صرّح بذلك كله ابن الكمال وسيأتى (قوله بتعيين الولد) كما علمت مما قدّمناه أن الكلام فيما اذا أنكر الولادة وشهادة القابلة بتعيين الولد فيما اذا تصادقا على الولادة وأنكر التعيين وعبارة غاية البيان عن شرح الاقطع فتثبت الولادة بشهادتها ويلحق النسب بالفراش اهـ والظاهر أن ما أفاده الشارح حكمه كذلك (قوله وصح مطلقا) أفاد أنّ ماذكره من الشروط انما هو لصحة الاقرار بالنسب لئلا يكون تحميلا على الزوج فلو فقد شرط صح اقرارها عليها فيرثها الولد وترثه ان صدّقها ولم يكن لهما وارث غيرهما فصار كالاقرار بالاخ ويفهم هذا مما قدّمنا وفى غاية البيان ولا يجوز اقرار المرأة بالولد وان صدّقها يعنى الولد ولكنهما يتوارثان ان لم يكن لهما وارث معروف لانه اعتبر اقرارها فى حقها ولا يقضى بالنسب لانه لا يثبت بدون الحجة وهى ما اذا شهدت القابلة على ذلك وصدّقها الولد فيثبت وما اذا صدّقها زوجها فيثبت بتصادقهما لانه لا يتعدّى الى غيرهما اهـ (قوله من غيره) أى فصح اقرارها فى حقها فقط (قوله قلت) أقول غاية ما يلزم على عدم معرفة زوج آخر كونه من الزنى مع انه ليس بلازم وبفرض تحقق كونه من الزنى يلزمها أيضا لانّ ولد الزنى واللعان يرث بجهة الامّ فقط فلا وجه للتوقف فى ذلك كذا فى حاشية مسكين لابى السعود المصرى (قوله وصح التصديق الخ) أى ولو بعد جحود المقرّ لقول البزازى أقرّ أنه تزوّج فلانة فى صحة أو مرض ثم جحد وصدّقته المرأة فى حياته أو بعد موته جاز سائحانى (قوله بموتها) كذا فى نسخة وهى الصواب موافقا لما فى شرحه على الملتقى (قوله فى باب ثبوت النسب) حيث قال أو تصديق بعض الورثة فيثبت فى حق المقرّين وانما يثبت النسب فى حق غيرهم حتى الناس كافة ان تمّ نصاب الشهادة بهم أى بالمقرّين والا بتمّ نصابها لا يشارك المكذبين اهـ (قوله أو الورثة) يغنى عنه قوله ومنه اقرار اثنين ط لكن كلامنا هنا فى تصديق المقرّ وهنالك فى نفس الاقرار وان كانا فى المعنى سواء لكن بينهما فرق وهو أن التصديق بعد العلم باقرار الاوّل كقوله نعم أو صدق والاقرار لا يلزم منه العلم تأمّل (قوله كذوى الارحام) فسر القريب فى العناية بذوى الفروض والعصبات والبعيد بذوى الارحام والاوّل أوجه لانّ مولى الموالاة ارثه بعد ذوى الارحام شرنبلالية (قوله ورثه) (تتمة) ارث المقرّ له حيث لا وارث له غيره يكون مقتصرا عليه ولا ينتقل الى فرع المقرّ له ولا الى أصله لانه بمنزلة الوصية شيخنا عن جامع الفصولين كذا فى حاشية مسكين (قوله المعروف) قريبا أو بعيدا فهو أحق بالارث من المقرّ له حتى لو أقرّ بأخ وله عمة أو خالة فالارث للعمة أو للخالة لانّ نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف درر كذا فى الهامش (قوله والمراد غير الزوجين) أى بالوارث الذى يمنع المقرّ له من الارث (قوله وان صدّقه المقرّ له) صوابه المقرّ عليه كما عبر به فيما مرّ ويدل عليه كلام المنح حيث قال وقوله أى الزيلعى للمقرّ انه يرجع عنه محله ما اذا لم يصدّق المقرّ له على اقراره أو لم يقرّ بمثل اقراره الخ وعزاه لبعض شروح السراجية فقوله أو لم يقرّ لا شك أن الضمير فيه

للمقرّ

للمقرّ عليه لا المقرّ له فعلم أنّ المقرّ له صوابه المقرّ عليه كما عبر به صاحب المنح فى كتاب الفرائض ويدل عليه قوله الآتى ان بالتصديق يثبت النسب ولا يكون ذلك الا من المقرّ عليه قال فى روح الشروح على السراجية واعلم انه ان شهد مع المقرّ رجل آخر أو صدّقه المقرّ عليه أو الورثة وهم من أهل الاقرار فلا يشترط الاصرار على الاقرار الى الموت ولا ينفع الرجوع لثبوت النسب ح اهـ وفى شرح فرائض الملتقى للطرابلسى وصح رجوعه لانه وصية معنى ولا شئ للمقرّ له من تركته قال فى شرح السراجية المسمى بالمنهاج وهذا اذا لم يصدّق المقرّ عليه اقراره قبل رجوعه أو لم يقرّ بمثل اقراره أمّا اذا صدّق اقراره قبل رجوعه أو أقرّ بمثل اقراره فلا ينفع المقرّ رجوعه عن اقراره لانّ نسب المقرّ له قد ثبت من المقرّ عليه اهـ فهذا كلام شرّاح السراجية فالصواب التعبير بعليه كما عبر به فى المنح فى كتاب الفرائض وان كانت عبارته هاهنا كعبارة الشارح وكذا عبارة الشارح فى الفرائض غير محرّرة فتنبه (قوله عند الفتوى) أقول تحريره انه لو صدّقه المقرّ له فله الرجوع لانه لم يثبت النسب وهو ما فى البدائع ولو صدّقه المقرّ عليه لا يصح رجوعه لانه بعد ثبوته وهو ما فى شروح السراجية فمنشأ الاشتباه تحريف الصلة فالموضوع مختلف ولا يخفى أنّ هذا كله فى غير الاقرار بنحو الولد (قوله نصف نصيب المقرّ) ولو معه وارث آخر شرح الملتقى وبيانه فى الزيلعى (قوله فى حق نفسه) فصار كالمشترى اذا أقرّ أنّ البائع كان أعتق العبد المبيع يقبل اقراره فى العتق ولم يقبل فى الرجوع بالثمن بيانية وفى الزيلعى فاذا قبل اقراره فى حق نفسه يستحق المقرّ له نصيب المقرّ مطلقا عندنا وعند مالك وابن أبى ليلى يجعل اقراره شائعا فى التركة فيعطى المقرّ من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقرّ بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقرّ نصف ما فى يده وعندهما يعطى عند مالك وابن أبى ليلى ثلث ما فى يده لانّ المقرّ قد أقرّ له بثلث شائع فى النصفين فنفذ اقراره فى حصته وبطل ما كان فى حصة أخيه فيكون له ثلث ما فى يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر فى نصيب أخيه بطل اقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول انّ فى زعم المقرّ أنه يساويه فى الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما فى يد المنكر كالهالك فيكون الباقى بينهما بالسوية ولو أقرّ بأخت تأخذ ثلث ما فى يده وعندهما خمسه ولو أقرّ ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرّين أخماسا وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ولو أقرّ بامرأة انها زوجة أبيه أخذت ثمن ما فى يده ولو أقرّ بجدّة هى أمّ الميت أخذت سدس ما فى يده فيعامل فيما فى يده كما يعامل لو ثبت ما أقرّ به اهـ وتمامه فيه (قوله بابن) أى من أخيه الميت (قوله انتفى) هذه مسألة الدور الحكمى التى عدّها الشافعية من موانع الارث لانه يلزم من التوريث عدمه بيانه انه اذا أقرّ أخ حائز بابن للميت ثبت نسبه ولا يرث لانه لو ورث لحجب الاخ فلا يكون الاخ وارثا حائزا فلا يقبل اقراره بالابن فلا يثبت نسبه فلا يرث لانّ اثبات الارث يؤدّى الى نفيه وما أدّى اثباته الى نفيه انتفى من أصله وهذا هو الصحيح من مذهبهم لكن يجب على المقرّ باطنا أن يدفع للابن التركة اذا كان صادقا فى اقراره (قوله وظاهر كلامهم نعم) يعنى ظاهر كلامهم صحة اقرار هذا الاخ بالابن ويثبت نسبه فى حق نفسه فقط فيرث الابن دونه لما قالوا انّ الاقرار بنسب على غيره يصح فى حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة لا فى حق غيره وقد رأيت المسألة منقولة ولله تعالى الحمد والمنة فى فتاوى العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفى ونصه قال محمد فى الاملاء ولو كانت للرجل عمة أو مولى نعمة فأقرّت العمة أو مولى النعمة بأخ للميت من أبيه أو أمّه أو بعمّ أو بابن عمّ أخذ المقرّ له الميراث كله لانّ الوارث المعروف أقرّ بأنه مقدّم عليه فى استحقاق ماله واقراره حجة على نفسه اهـ هذا كلامه ثم قال فلما لم يكن فى هذا دور عندنا لم يذكر فى الموانع وذكر فى بابه اهـ (قوله الى نصيبه) فيجعل كأنه استوفى نصيبه ولانّ الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون لانّ الديون تقضى بأمثالها ثم تلتقى قصاصا فقد أقرّ بدين على الميت فيلزم المقرّ كما مرّ قبل باب الاستثناء ولا يجرى فى هذه المسألة الخلاف السابق كما لا يخفى على الحاذق (قوله بعد حلفه) أى حلف المنكر أى لاجل الاخ لا لاجل الغريم لانه لا ضرر على الغريم فلا ينافى ما يأتى ولو نكل شاركه المقرّ (قوله لكنه) الاستدراك يقتضى أن لا يحلف فى الاولى وبه صرّح الزيلعى وهو مخالف لما قدمه عن الاكمل ومرّ جوابه (قوله يحلف) أى المنكر بالله لم يعلم انه قبض الدين فان نكل برئت ذمّة المدين وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف المسألة الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم لانّ حقه كله حصل له من جهة المقرّ فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل الا النصف فيحلفه زيلعى

عند الفتوى (ومن مات أبوه فأقرّ بأخ شاركه فى الارث) فيستحق نصف نصيب المقرّ (ولم يثبت نسبه) لما تقرّر أنّ اقراره مقبول فى حق نفسه فقط قلت بقى لو أقرّ الاخ بابن هل يصح قال الشافعية لا لانّ ما أدّى وجوده الى نفيه انتفى من أصله ولم أره لائمتنا صريحا وظاهر كلامهم نعم فليراجع (وان ترك) شخص (ابنين وله على آخر مائة فأقرّ أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شئ للمقرّ) لانّ اقراره ينصرف الى نصيبه (وللآخر خمسون) بعد حلفه انه لا يعلم أنّ أباه قبض شطر المائة قاله الاكمل قلت وكذا الحكم لو أقرّ أنّ أباه قبض كل الدين لكنه هنا يحلف لحق الغريم زيلعى

(فصل في مسائل شتى) (أقرت الحرة المكلفة بدين) لآخر (فكذبها زوجها صح) اقرارها (في حقه أيضا) عند أبي حنيفة (فتحبس) المقرة (وتلازم) وان تضرر الزوج وهذه احدى المسائل الست الخارجة من قاعدة الاقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى الى غيره وهي في الاشباه وينبغي أن يخرج أيضا من كان في اجارة غيره فأقر لآخر بدين فان له حبسه وان تضرر المستأجر وهي واقعة الفتوى ولم نرها صريحة (وعندهما لا) تصدق في حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم درر قلت وينبغي أن يعول على قولهما افتاء وقضاء لان الغالب أن الاب يعلمها الاقرار له أو لبعض اقاربها ليتوصل بذلك الى منعها بالحبس عنده عن زوجها كما وقفت عليه مرارا حين ابتليت بالقضاء كذا ذكره المصنف (مجهولة النسب أقرت بالرق لانسان) وصدقها المقر له (ولها زوج وأولاد منه) أي الزوج (وكذبها) زوجها (صح في حقها خاصة) فولد علق بعد الاقرار رقيق خلافا لمحمد (لا) في (حقه) يرد عليه انتقاص طلاقها كما حققه في الشرنبلالية (وحق الاولاد) وفرع على حقه بقوله (فلا يبطل النكاح) وعلى حق الاولاد بقوله (وأولاد حصلت قبل الاقرار وما في بطنها وقته أحرار) لحصولهم قبل اقرارها بالرق (مجهول النسب حرر عبده ثم أقر بالرق لانسان وصدقه) المقر له (صح) اقراره (في حقه) فقط ٤٦٨ (دون ابطال العتق فان مات العتيق يرثه وارثه ان كان) له وارث يستغرق التركة (والا فيرث) الكل أو الباقي كافي وشرنبلالية (المقر له فان مات المقر ثم العتيق فارثه لعصبة المقر) ولو جنى هذا العتيق سعى في جنايته لانه لا عاقلة له ولو جني عليه يجب ارش العبد وهو كالمملوك في الشهادة لان حريته بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق (قال) رجل لآخر (لي عليك ألف فقال) في جوابه (الصدق أو الحق أو اليقين أو نكر) كقوله حقا ونحوه (أو كرر لفظ الحق أو الصدق) كقوله الحق الحق أو حقا حقا (ونحوه أو قرن بها البر) كقوله البر حق أو الحق بر الى آخره (فاقرار ولو قال الحق حق أو الصدق صدق أو اليقين يقين لا) يكون اقرارا لانه كلام تام بخلاف ما مر لانه لا يصلح للابتداء فجعل جوابا فكأنه قال ادعيت الحق الى آخره

(فصل في مسائل شتى)

(قوله وهي في الاشباه) وعبارتها الاقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى الى غيره فلو أقر المؤجر أن الدار لغيره لا تنفسخ الاجارة الا في مسائل لو أقرت الزوجة بدين فللدائن حبسها وان تضرر الزوج ولو أقر المؤجر بدين لا وفاء له الا من ثمن العين فله بيعها لقضائه وان تضرر المستأجر ولو أقرت مجهولة النسب بأنها بنت أبي زوجها وصدقها الاب انفسخ النكاح بينهما بخلاف ما اذا أقرت بالردة ولو طلقها ثنتين بعد الاقرار بالرق لم يملك الرجعة واذا ادعى ولد أمته المبيعة وله أخ ثبت نسبه وتعدى الى حرمان الاخ من الميراث لكونه للابن وكذا المكاتب اذا ادعى نسب ولد حرة في حياة أخيه صحت وميراثه لولده دون أخيه كما في الجامع اهـ (قوله وينبغي) البحث لصاحب المنح (قوله افتاء وقضاء) بنصبهما (قوله لان الغالب) فيه نظر اذ العلة خاصة والمدعى عام لانه لا يظهر فيما اذا كان الاقرار لاجنبي وقوله ليتوصل الخ لا يظهر أيضا اذا الحبس عند القاضي لا عند الاب فاذا المعول عليه قول الامام وأيضا لم يستند في هذا التصحيح لاحد من أئمة الترجيح ط لكن قوله اذ الحبس عند القاضي مخالف لما مر في بابه أن الخيار فيه للمدعى (قوله مجهولة النسب أقرت) ليس على اطلاقه لما في الاشباه مجهول النسب اذا أقر بالرق لانسان وصدقه المقر له صح وصار عبده اذا كان قبل تأكد الحرية بالقضاء أما بعد قضاء القاضي عليه بحد كامل أو بالقصاص في الاطراف لا يصح اقراره بالرق بعد ذلك اهـ سائحاني (قوله فولد) التفريع غير ظاهر ومحله فيما بعد والظاهر أن يقال فتكون رقيقة له كما أفاده في العزمية (قوله كما حققه في الشرنبلالية) حيث قال لانه نقل في المحيط عن المبسوط أن طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان بالاجماع لانها صارت أمة وهذا حكم يخصها ثم نقل عن الزيادات ولو طلقها الزوج تطليقتين وهو لا يعلم باقرارها ملك عليها الرجعة ولو علم لا يملك وذكر في الجامع لا يملك علم أو لم يعلم قيل ما ذكر قياس وما ذكره في الجامع استحسان وفي الكافي آلى وأقرت قبل شهرين فهما عدته وان أقرت بعد مضي شهرين فأربعة والاصل انه متى أمكن تدارك ما خاف فوته باقرار الغير ولم يتدارك بطل حقه لان فوات حقه مضاف الى تقصيره فان لم يمكن التدارك لا يصح الاقرار في حقه فاذا أقرت بعد شهر أمكن الزوج التدارك وبعد شهرين لا يمكنه وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ثم أقرت يملك الثالثة ولو أقرت قبل الطلاق تبين بثنتين ولو مضت من عدتها حيضتان ثم أقرت يملك الرجعة ولو مضت حيضة ثم أقرت تبين بحيضتين اهـ قلت وعلى ما في الكافي لا اشكال لقوله ان فوات حقه مضاف الى تقصيره تأمل (قوله حرر عبده) ماض مبني للفاعل وعبده مفعول (قوله فيرث الكل) ان لم يكن له وارث أصلا (قوله أو الباقي) ان كان له وارث لا يستغرق (قوله وشرنبلالية) عبارة الشرنبلالية عن المحيط وان كان للميت بنت كان النصف لها والنصف للمقر له اهـ وان جنى هذا العتيق سعى في جنايته لانه لا عاقلة له وان جني عليه يجب عليه ارش العبد وهو كالمملوك في الشهادة لان حريته في الظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق اهـ (قوله ارش العبد) وعليه فقد صار الاقرار حجة متعدية في حق المجني عليه فينبغي زيادة هذه المسألة على الست المتقدمة آنفا (قوله ونحوه) بأن كرر اليقين أيضا معرفا أو منكرا (قوله كقوله البر حق الخ) هذا مما يصلح للاخبار ولا يتعين جوابا والذي في الدرر البر الحق وهو في بعض النسخ كذلك وهو ظاهر فانه يحمل على الابدال ط

قوله على الست الخ فيه انه لم يذكر السادسة وانما ذكرها ط حيث قال السادسة باع المبيع ثم أقر أن البيع كان تلجئة وصدقه المشتري فله الرد على بائعه بالعيب اهـ مصححه

(قوله

(قال لامته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا ابقة أو قال هذه السارقة فعلت كذا وباعها فوجدبها واحد منها) أى من هذه العيوب (لا ترد به) لانه نداء أو شتيمة لا اخبار (بخلاف هذه سارقة أو هذه آبقة أو هذه زانية أو هذه مجنونة) حيث ترد بأحدها لانه اخبار وهو لتحقيق الوصف (وبخلاف يا طالق أو هذه المطلقة فعلت كذا) حيث تطلق امرأته لتمكنه من اثباته شرعا فجعل ايجابا ليكون صادقا بخلاف الاول درر (اقرار السكران بطريق محظور) أى ممنوع محرم (صحيح) فى كل حق فلو أقر بقود أقيم عليه الحد فى سكره وفى السرقة يضمن المسروق كما بسطه سعدى أفندى فى باب حد الشرب (الا فى) ما يقبل الرجوع كالردة و (حد الزنى وشرب الخمر وان) سكر (بطريق مباح) كشرب به مكرها (لا) يعتبر بل هو كالاغماء الا فى سقوط القضاء وتمامه فى احكامات الاشباه (المقر له اذا كذب المقر بطل اقراره) لما تقرر ٤٦٩ أنه يرتد بالرد (الا فى) ست على ماهنا تبعا للاشباه (الاقرار بالحرية والنسب وولاء العتاقة والوقف) فى الاسعاف لو وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد وان رده قبل القبول ارتد (والطلاق والرق) فكلها لا ترتد وزاد الميراث بزازية والنكاح كما فى متفرقات قضاء البحر وتمامه ثمة واستثنى ثمة مسألتين من الابراء وهما ابراء الكفيل لا يرتد وابراء المديون بعد قوله أبرئنى فأبرأه لا يرتد فالمستثنى عشرة فليحفظ وفى وكالة الوهبانية ومتى صدقه فيها ثم رده لا يرتد بالرد وهل يشترط لصحة الرد مجلس الابراء خلاف والضابط أن ما فيه تمليك مال من وجه يقبل الرد والا فلا كابطال شفعة وطلاق وعتاق لا يقبل الرد وهذا ضابط [٢] جيد فليحفظ [٣] (صالح احد الورثة وأبرأه ابراء عاما) أو قال لم يبق لى حق من تركة أبى عند الوصى أو قبضت الجميع ونحو ذلك (ثم ظهر فى) يد وصيه من (التركة شئ لم يكن وقت الصلح) وتحققه (تسمع دعوى حصته منه على الاصح)

(قوله لانه نداء) أى فيما عدا الاخيرة والنداء اعلام المنادى واحضاره لا تحقيق الوصف (قوله حيث ترد) أى لو اشتراها من لم يعلم بهذا الاخبار ثم علم ط (قوله بخلاف الاول) فان السيد لا يتمكن من اثبات هذه الاوصاف فيها ط (قوله بطريق) متعلق بالسكران (قوله عليه الحد) لعله سبق قلم والصواب القصاص فليراجع (قوله كما بسطه سعدى) وعبارته هنالك وقال صاحب النهاية ذكر الامام التمرتاشى ولا يحد السكران باقراره على نفسه بالزنى والسرقة لانه اذا صحا ورجع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه فى حال سكره لانه لا فائدة فى التأخير لانه لا يملك الرجوع لانهما من حقوق العباد فأشبه الاقرار بالمال والطلاق والعتاق اه ولا يخفى عليك أن قوله لانه لا فائدة فى التأخير محل بحث وفى معراج الدراية بخلاف حد القذف فانه يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ثم يحد للسكر ذكره فى المبسوط وفى معراج الدراية قيد بالاقرار لانه لو زنى وسرق فى حاله يحد بعد الصحو بخلاف الاقرار وكذا فى الذخيرة اه (قوله سقوط القضاء) أى قضاء صلاة أزيد من يوم وليلة بخلاف الاغماء (قوله على ماهنا) أى على ما فى المتن والا فسيأتى زيادة عليها (قوله بالحرية) فاذا أقر أن العبد الذى فى يده حر ثبتت حريته وان كذبه العبد ط (قوله فى الاسعاف) ونصه ومن قبل ما وقف عليه ليس له الرد بعده ومن رده أول مرة ليس له القبول بعده اه وتمام التفاريع فيه ولا يخفى أن الكلام فى الاقرار بالوقف لا فى الوقف وفى الاسعاف أيضا ولو أقر رجلين بأرض فى يده أنه وقف عليهما وعلى أولادهما ونسلهما أبدا ثم من بعدهم على المساكين فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ولا أولاد لهما يكون نصفها وقفا على المصدق منهما والنصف الآخر للمساكين ولو رجع المنكر الى التصديق رجعت الغلة اليه وهذا بخلاف ما لو أقر لرجل بأرض فكذبه المقر له ثم صدقه فانها لا تصير له ما لم يقر له بها ثانيا والفرق أن الارض المقر بوقفيتها لا تصير ملكا لاحد بتكذيب المقر له فاذا رجع ترجع اليه الارض المقر بكونها ملكا ترجع الى ملك المقر بالتكذيب اه [٢] (قوله لو وقف) فيه أن الكلام فى الاقرار بالوقف لا فى الوقف وأيضا الكلام فيما لا يرتد ولو قبل القبول على أن عبارة الاسعاف على أن ما فى الاشباه والمنح أن المقر له اذا رده ثم صدقه صح ح [٣] (قوله قضاء البحر) وعبارته قيد بالاقرار بالمال احترازا عن الاقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء فانها لا ترتد بالرد أما الثلاثة الاول ففى البزازية قال لآخر أنا عبدك فرده المقر له ثم عاد الى تصديقه فهو عبده ولا يبطل الاقرار بالرق بالرد كما لا يبطل بجحود المولى بخلاف الاقرار بالعين والدين حيث يبطل بالرد والطلاق والعتاق لا يبطلان بالرد لانهما اسقاط يتم بالمسقط وحده وأما الاقرار بالنسب وولاء العتاقة ففى شرح المجمع من الولاء وأما الاقرار بالنكاح فلم أره الآن اه وتمامه هنالك (قوله واستثنى ثمة) لا حاجة الى ذكرهما هنا فانهما ليستا مما نحن فيه ح أى لان الكلام فى الاقرار وما ذكر فى الابراء (قوله مسألتين) حيث قال ثم اعلم أن الابراء يرتد بالرد الا فيما اذا قال المديون أبرئنى فأبرأه فانه لا يرتد كما فى البزازية وكذا ابراء الكفيل لا يرتد بالرد فالمستثنى مسألتان كما أن قولهم ان الابراء لا يتوقف على القبول يخرج عنه الابراء عن بدل الصرف والسلم فانه يتوقف على القبول ليبطلا كما قدمناه فى باب السلم (قوله فيها) أى فى الوكالة (قوله أو قال) عطف على صالح لانها مسألة أخرى فى أوائل الثلث الثالث من فتاوى الحانوتى كلام طويل فى البراءة العامة فراجعه وفى الخانية وصى الميت اذا دفع ما كان فى يده من تركة الميت الى ولد الميت وأشهد الولد على نفسه انه قبض التركة ولم يبق من تركة والده قليل ولا كثير الا قد استوفاه ثم ادعى فى يد الوصى شيأ وقال من تركة والدى وأقام على ذلك بينة وكذا لو أقر الوارث انه قبض جميع ما على الناس من تركة والده ثم ادعى على رجل دينا لوالده تسمع دعواه قلت ووجه سماعها أن اقرار الولد لم يتضمن ابراء شخص معين وكذا اقرار الوارث بقبضه جميع ما على الناس ليس

٢ قوله فاذا رجع ترجع اليه الارض المقر بكونها ملكا الخ هكذا فى النسخة المجموع منها والظاهر أن فى العبارة سقطا وليحرر اه مصححه

٣ قوله على أن عبارة الاسعاف على أن الخ انظر ما معناه فلعل هنا خللا يعرف بمراجعة عبارة الحلبى اه مصححه

صلح البزازية ولا تناقض لحمل قوله لم يبق لى حق أى مما قبضته على أن الابراء عن الاعيان باطل وحينئذ فالوجه عدم صحة البراءة كما أفاده ابن الشحنة واعتمده الشرنبلالى وسنحققه فى الصلح (أقر) رجل (بمال فى صك وأشهد عليه) به (ثم ادعى ان بعض هذا المال) المقر به (قرض وبعضه ربا عليه فان أقام على ذلك بينة تقبل) وان كان متناقضا لانا نعلم انه مضطر الى هذا الاقرار شرح وهبانية قلت وحرر شارحها الشرنبلالى انه لا يفتى بهذا الفرع لانه لا عذر لمن أقر

فيه ابراء ولو تنزلنا للبراءة فهى غير صحيحة فى الاعيان شرح وهبانية للشرنبلالى وفيه نظر لان عدم صحتها معناه أن لا تصير ملكا للمدعى عليه والا فالدعوى لا تسمع كما يأتى فى الصلح (قوله صلح البزازية) وعبارة البزازية قال تاج الاسلام واحد صالح الورثة وابرأ ابراء عاما ثم ظهر فى التركة شئ لم يكن وقت الصلح لا رواية فى جواز الدعوى ولقائل أن يقول تجوز دعوى حصته فيه وهو الاصح ولقائل أن يقول لا اه وللشرنبلالى رسالة سماها تنقيح الاحكام فى الاقرار والابراء الخاص والعام أجاب فيها بان البراءة العامة بين الوارثين مانعة من دعوى شئ سابق عليها عينا أو دينا بميراث أو غيره وحقق ذلك بأن البراءة اما عامة ككلا حق أو لا دعوى أو لا خصومة لى قبل فلان أو هو برئ من حق أو لا دعوى لى عليه أو لا تعلق لى عليه أو لا أستحق عليه شيأ او أبرأته من حق أو مما لى قبله واما خاصة بدين خاص كابرأته من دين كذا أو عام كابرأته مما لى عليه فيبرأ عن كل دين دون العين واما خاصة بعين فتصح لنفى الضمان لا الدعوى فيدعى بها على المخاطب وغيره وان كان عن دعواها فهو صحيح ثم ان الابراء لشخص مجهول لا يصح وان لمعلوم صح ولو بمجهول فقوله قبضت تركة مورثى كلها أو كل من لى عليه شئ او دين فهو برئ ليس ابراء عاما ولا خاصا بل هو اقرار مجرد لا يمنع من الدعوى لما فى المحيط قال لا دين لى على أحد ثم ادعى على رجل دينا صح لاحتمال وجوبه بعد الاقرار وفيه أيضا وقوله هو برئ مما لى عنده اخبار عن ثبوت البراءة لا انشاء وفى الخلاصة لا حق لى قبله فيدخل فيه كل عين ودين وكفالة واجارة وجناية وحد اه وفى الاصل فلا يدعى ارثا ولا كفالة نفس أو مال ولا دينا أو مضاربة أو شركة أو وديعة أو ميراثا أو دارا أو عبدا أو شيأ من الاشياء حادثا بعد البراءة اه وفى شرح المنظومة عن المحيط ابرأ احد الورثة الباقى ثم ادعى التركة وأنكروا لا تسمع دعواه وان أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اه ظاهر فيما اذا لم تكن البراءة عامة لما علمته ولما سنذكر أنه لو ابرأه عاما ثم أقر بعده بالمال المبرا به لا يعود بعد سقوطه وفى العمادية قال ذو اليد ليس هذا لى وليس ملكى أو لا حق لى فيه أو نحو ذلك ولا منازع له حينئذ ثم ادعاه أحد فقال ذو اليد هو لى فالقول له لان الاقرار لمجهول باطل والتناقض انما يمنع اذا تضمن ابطال حق على أحد اه ومثله فى الفيض وخزانة المفتين فبهذا علمت الفرق بين ابرأتك أو لا حق لى قبلك وبين قبضت تركة مورثى أو كل من لى عليه دين فهو برئ ولم يخاطب معينا وعلمت بطلان فتوى بعض أهل زماننا بأن ابراء الوارث وارثا آخر ابراء عاما لا يمنع من دعوى شئ من التركة وأما عبارة البزازية أى التى قدمناها فأصلها معزو الى المحيط وفيه نظر ظاهر ومع ذلك لم يقيد الابراء بكونه لمعين أو لا وقد علمت اختلاف الحكم فى ذلك ثم ان كان المراد به اجتماع الصلح المذكور فى المتون والشروح فى مسألة التخارج مع البراءة العامة لمعين فلا يصح أن يقال فيه لا رواية فيه كيف وقد قال قاضى خان اتفقت الروايات على انه لا تسمع الدعوى بعده الا فى حادث وان كان المراد به الصلح والابراء بنحو قوله قبضت تركة مورثى ولم يبق لى فيها حق الا استوفيته فلا يصح قوله لا رواية فيه أيضا لما قدمناه من النصوص على صحة دعواه بعده واتفقت الروايات على صحة دعوى ذى اليد المقر بأن لا ملك له فى هذا العين عند عدم المنازع والذى يتراءى أن المراد من تلك العبارة الابراء لغير معين مع ما فيه ولو سلمنا أن المراد به المعين وقطعنا النظر عن اتفاق الروايات على منعه من الدعوى بعده فهو مباين لما فى المحيط عن المبسوط والاصل والجامع الكبير ومشهور الفتاوى المعتمدة كالخانية والخلاصة فيقدم ما فيها ولا يعدل عنها اليه وأما ما فى الاشباه والبحر عن القنية افترق الزوجان وأبرأ كل صاحبه عن جميع الدعاوى وللزوج أعيان قائمة لا تبرأ المرأة منها وله الدعوى لان الابراء انما ينصرف الى الديون لا الاعيان اه فمحمول على حصوله بصيغة خاصة كقوله أبرأتها عن جميع الدعاوى مما لى عليها فيختص بالديون فقط لكونه مقيدا بما لى عليها ويؤيده التعليل ولو بقى على ظاهره فلا يعدل عن كلام المبسوط والمحيط وكافى الحاكم المصرح بعموم البراءة لكل من أبرأ ابراء عاما الى ما فى القنية اه هذا حاصل ما ذكره الشرنبلالى فى رسالته وهى قريب من كراسين وقد أكثر فيها من النقول فمن أراد الزيادة فليرجع اليها وبه علم انه ما كان ينبغى للمصنف أن يذكر ما فى البزازية متنا وأما ما سيجئ آخر الصلح فليس فيه ابراء عام فتدبر وانظر شرح الملتقى فى الصلح (قوله عن الاعيان) سيأتى الكلام على ذلك فى الصلح (قوله فى الصلح) أى فى آخره (قوله أقر رجل) تقدمت المسألة متنا فى متفرقات القضاء (قوله شرح وهبانية) وبه أفتى فى الحامدية والخيرية من الدعوى (قوله لا عذر لمن أقر) فيه أن اضطراره الى هذا الاقرار عذر

غايته أن يقال بانه يحلف المقرّله على قول أبي يوسف المختار للفتوى في هذه ونحوها اهـ قلت وبه جزم المصنف فيمن اقرّ فتدبر (أقرّ بعد الدخول) من هنا الى كتاب الصلح ثابت في نسخ المتن ساقط من نسخ الشرح (انه طلقها قبل الدخول لزمه مهر) بالدخول (ونصف) بالاقرار (أقرّ المشروط له الريع) أو بعضه (انه) أي ريع الوقف (يستحقه فلان دونه صح) وسقط حقه ولو كتاب الوقف بخلافه (ولو جعله لغيره) أو أسقطه لالاحد (لم يصح وكذا المشروط له النظر على هذا) كما مرّ في الوقف وذكره في الاشباه ثمة وهنا وفي الساقط لا يعود فراجعه (القصص المرفوعة الى القاضي لا يؤاخذ رافعها بما كان فيها من اقرار وتناقض) لما قدمنا ٤٧١ في القضاء انه لا يؤاخذ بما فيها (الا اذا) أقرّ بلفظه صريحا (قال له على ألف في علمي أو فيما أعلم أو أحسب أو أظن لا شيء عليه) خلافا للثاني في الاول قلنا هي للشك عرفا نعم لو قال قد علمت لزمه اتفاقا (قال غصبنا ألفا) من فلان (ثم قال كنا عشرة أنفس) مثلا (وادّعى الغاصب) كذا في نسخ المتن وقد علمت سقوط ذلك من نسخ الشرح وصوابه وادّعى الطالب كما عبر به في المجمع وقال شرّاحه أي المغصوب منه (انه هو وحده) غصبها (لزمه الالف كلها) وألزمه زفر بعشرها قلنا هذا الضمير يستعمل في الواحد والظاهر انه يخبر بفعله دون غيره فيكون قوله كنا عشرة رجوعا فلا يصح نعم لو قال غصبناه كلنا صح اتفاقا لانه لا يستعمل في الواحد (قال) رجل (أوصى أبي بثلث ماله لزيد بل لعمرو بل لبكر فالثلث للاول وليس لغيره شيء) وقال زفر لكل ثلثه وليس للابن شيء قلنا انفاذ الوصية في الثلث وقد أقرّ به للاول فاستحقه فلم يصح رجوعه بعد ذلك للثاني بها بخلاف الدين لنفاذه من الكل الكل من المجمع (فروع) أقرّ بشيء ثم ادّعى الخطأ لم يقبل الا اذا أقرّ بالطلاق بناء على افتاء المفتي ثم تبين عدم الوقوع لم يقع يعني ديانة قنية * اقرار المكره باطل الا اذا أقرّ السارق مكرها فافتى بعضهم بصحته ظهيرية * الاقرار بشيء محال

(قوله غايته) حاصله انه لا فائدة لدعواه أن بعض المقرّ به ربا الا تحليف المقرّ له بناء على الثاني اذا ادّعى انه أقرّ كاذبا يحلف المقرّ له وهذه المسألة من أفرادها فلذا قال في هذه ونحوها ولقد أبعد من حمل قول أبي يوسف على الضرورة فقط كما في هذه المسألة كما مرّ قبيل الاستثناء (قوله أن يقال الخ) ولانه لا يأتي على قول الامام لانه يقول بلزوم المال ولا يقبل تفسيره وصل أو فصل وعندهما ان وصل قبل والا فلا ولفظة ثم تفيد الفصل فلا يقبل اتفاقا شرنبلالية (قوله وبه جزم) أي بقول أبي يوسف (قوله فيمن أقرّ) وفي نسخة فيما مرّ وعليها فانه مرّ قبيل الاستثناء (قوله من نسخ الشرح) أي المنح (قوله انه يستحقه) يعمل بالمصادقة على الاستحقاق وان خالفت كتاب الوقف لكن في حق المقرّ خاصة الخ ما مرّ في الوقف (قوله وسقط حقه) الظاهر أن المراد سقوطه ظاهرا فاذا لم يكن مطابقا للواقع لا يحل للمقرّ له أخذه ثم ان هذا السقوط ما دام حيا فاذا مات عاد على ما شرط الواقف قال السائحاني في مجموعته وفي الخصاف قال المقرّ له بالغلة عشر سنوات من اليوم لزيد فان مضت رجعت للمقرّ له فان مات المقرّ له والمقرّ قبل مضيها ترجع الغلة على شرط الواقف فكانه صرّح ببطلان المصادقة بمضي المدة أو موت المقرّ وفي الخصاف أيضا رجل وقف على زيد وولده ثم للمساكين فأقرّ زيد به وبأنه على بكر ثم مات زيد بطل اقراره لبكر وفي الحامدية اذا تصادق جماعة الوقف ثم مات أحدهم عن ولد فهل تبطل مصادقة الميت في حقه الجواب نعم ويظهر لي من هذا أن من منع عن استحقاقه بمضي المدة الطويلة اذا مات فولده يأخذ ما شرطه الواقف له لان الترك لا يزيد على صريح المصادقة ولان الولد لم يتملكه من ابيه وانما يتملكه من الواقف اهـ (قوله ولو جعله الخ) وفي اقرار الاسماعيلية فيمن أقرّت بأن فلانا يستحق ريع ما يخصها من وقف كذا في مدة معلومة بمقتضى انها قبضت منه مبلغا معلوما فأجاب بأنه باطل لا بيع الاستحقاق المعدوم وقت الاقرار بالمبلغ المعين واطلاق قولهم لو أقرّ المشروط له الريع انه يستحقه فلان دونه يصح ولو جعله لغيره لم يصح يقتضي بطلانه فان الاقرار بعوض معاوضة اهـ ملخصا وفي الخصاف فان كان الواقف جعل أرضه موقوفة على زيد ثم من بعده على المساكين فأقرّ زيد بهذا الاقرار يعني بقوله جعلها وقفا عليّ وعلى هذا الرجل يشاركه الرجل في الغلة أبدا ما كان حيا فان مات زيد كانت للمساكين ولم يصدّق زيد عليهم وان مات المقرّ له وزيد في الحياة فالنصف الذي أقرّ به زيد للمساكين والنصف لزيد فاذا مات صارت الغلة كلها للمساكين وكذا لو أقرّ أنها على هذا الرجل وحده فالغلة كلها للرجل ما دام زيد المقرّ حيا فاذا مات فللمساكين ولا يصدّق عليهم وانما يصدّق على ابطال حق نفسه ما دام حيا اهـ ملخصا ويظهر من هذا أن المصادقة على الاستحقاق تبطل بموت المقرّ للزوم الضرر على من بعده ولا تبطل بموت المقرّ له عملا باقرار المقرّ على نفسه بقي ما لو أقرّ جماعة مستحقون كثلاثة اخوة مثلا موقوف عليهم سوية فتصادقوا على أن زيدا منهم يستحق النصف فاذا مات زيد تبقى المصادقة وان مات المقرّان تبطل وان مات أحدهما تبطل في حصته فقط والذي يكثر وقوعه في زماننا المصادقة في النظر والذي يقتضيه النظر بطلانها بموت كل منهما ويرجع التوجيه الى القاضي هذا ما ظهر لنا فتأمل (قوله كذا في نسخ المتن) أي بعضها وفي بعض نسخ المتن المغصوب منه (قوله من الكل) وقد تقدّم قبيل اقرار المريض (قوله بناء على افتاء المفتي) وفي البزازية ظنّ وقوع الثلاث بافتاء من ليس بأهل فأمر الكاتب بصك الطلاق فكتب ثم أفتاه عالم بعدم الوقوع له أن يعود اليها في الديانة لكن القاضي لا يصدقه لقيام الصك سائحاني (قوله بشيء محال) كما لو أقرّ له بأرش يده التي قطعها خمسمائة درهم ويداه صحيحتان لم يلزمه شيء كما في حيل التاترخانية وعلى هذا أفتيت ببطلان اقرار انسان بقدر من السهام لوارث وهو أزيد من الفريضة الشرعية لكونه محالا شرعا ولا بدّ من كونه محالا من كل وجه والا فلو أقرّ أن لهذا الصغير عليّ ألف درهم قرض أقرضنيه أو من ثمن مبيع باعنيه صح الاقرار كما مرّ أشباه

وبالدين بعد الابراء منه باطل ولو
أقر بعد هبتها له على الاشبه
نعم لو ادّعى دينا بسبب حادث بعد
الابراء العام وأنه أقرّ به يلزمه
ذكره المصنف فى فتاويه قلت
ومفاده انه لو أقرّ ببقاء الدين أيضا
فحكمه كالاول وهى واقعة
الفتوى فتأمل * الفعل فى المرض
أحط من فعل الصحة الا فى مسألة
اسناد الناظر النظر لغيره بلا شرط
فانه صحيح فى المرض لا فى الصحة
تتمة وتمامه فى الاشباه وفى
الوهبانية

أقرّ بمهر المثل فى ضعف موته
فبينة الايهاب من قبل تهدر
واسناد بيع فيه للصحة اقبلن
وفى القبض من ثلث التراث يقدّر
وليس بلا تشهد مقرّا نعدّه
ولو قال لا تخبر بخلف يسطر
ومن قال ملكى ذا لذا كان منشئا
ومن قال هذا ملك ذا فهو مظهر
ومن قال لا دعوى لى اليوم عند ذا
فما يدّعى من بعد منها فمنكر

(كتاب الصلح)

مناسبته أن انكار المقرّ سبب للخصومة المستدعية للصلح (هو) لغة اسم من المصالحة وشرعا (عقد يرفع النزاع) ويقطع الخصومة (وركنه الايجاب) مطلقا (والقبول) فيما يتعين أما فيما لا يتعين كالدراهم فيتم بلا قبول عناية وسيجئ (وشرطه العقل لا البلوغ والحرية فصح من صبى مأذون ان عرى) صلحه (عن ضرر بين و) صح (من عبد مأذون ومكاتب) لو فيه نفع

ملخصا (قوله وبالدين) قيد به لان اقراره بالعين بعد الابراء العام صحيح مع انه يبرأ من الاعيان فى الابراء العام كما صرح به فى الاشباه وتحقيق الفرق فى رسالة الشرنبلالى فى الابراء العام (قوله بعد هبتها له على الاشبه) قال فى البزازية وفى المحيط وهبت المهر منه ثم قال اشهدوا أن لها علىّ مهرا كذا فالمختار عند الفقيه أن اقراره جائز وعليه المذكور اذا قبلت لان الزيادة لا تصح بلا قبولها والاشبه أن لا يصح ولا تجعل زيادة بغير قصد الزيادة عن الحموى برهن انه أبرأنى عن هذه الدعوى ثم ادّعى المدّعى ثانيا انه أقرّ لى بالمال بعد ابرائى فلو قال المدّعى عليه أبرأنى وقبلت الابراء وقال صدّقته فيه لا يصح الدفع يعنى دعوى الاقرار ولو لم يقله يصح الدفع لاحتمال الردّ والابراء يرتدّ بالردّ فيبقى المال عليه بخلاف قبوله اذ لا يرتدّ بالردّ بعده جامع الفصولين لكن كلامنا فى الابراء عن الدين وهذا فى الابراء عن الدعوى وفى الرابع والعشرين من التاترخانية ولو قال أبرأتك مما لى عليك فقال لك علىّ ألف قد صدقت فهو برىء استحسانا لا حق لى فى هذه الدار فقال كان لك سدس فاشتريتها منك فقال لم أبعه فله السدس ولو قال خرجت عن كل حق لى فى هذه الدار أو برئت منه اليك أو أقررت لك فقال الآخر اشتريتها منك فقال لم أقبض الثمن فله الثمن اهـ وفيها عن العتابية ولو قال لا حق لى قبل برئ من كل عين ودين وعلى هذا لو قال فلان برىء مما لى قبله دخل المضمون والامانة ولو قال هو برىء مما لى عليه دخل المضمون دون الامانة ولو قال هو برىء مما لى عنده فهو برىء من كل شئ أصله أمانة ولا يبرأ عن المضمون ولو ادّعى الطالب حقا بعد ذلك وأقام بينة فان كان أرّخ بعد البراءة تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يؤرّخ فالقياس أن تسمع وحمل على حق وجب بعدها وفى الاستحسان لا تقبل بينته (قوله ذكره المصنف فى فتاويه) ونصه سئل عن رجلين صدر بينهما ابراء عام ثم ان رجلا منهما بعد الابراء العام أقرّ أن فى ذمته مبلغا معينا للآخر فهل يلزمه ذلك أم لا اجاب اذا أقرّ بالدين بعد الابراء منه لم يلزمه كما فى الفوائد الزينية نقلا عن التاترخانية نعم اذا ادّعى عليه دينا بسبب حادث بعد الابراء العام وأنه أقرّ به يلزمه اهـ وانظر ما فى اقرار تعارض البينات لغانم البغدادى (قوله قلت ومفاده) أى مفاد تقييد اللزوم بدعواه بسبب حادث وقوله لو أقرّ ببقاء الدين أى بأن قال ما أبرأنى منه باق فى ذمتى والفرق بين هذا وبين قوله السابق وبالدين بعد الابراء منه انه قال هناك بعد الابراء لفلان علىّ كذا تأمل (قوله ببقاء الدين) أى بعد الابراء العام (قوله كالاول) أى الاقرار بالدين بعد الابراء منه (قوله تتمة) اسم كتاب (قوله أقرّ بمهر المثل) قيد به اذ لو كان الاقرار بأزيد منه لم يصح (قوله الايهاب) أى لو أقامت الورثة البينة ومثله الابراء كما حققه ابن الشحنة (قوله من قبل تهدر) أى فى حالة الصحة ان المرأة وهبت مهرها من زوجها فى حياته لا تقبل ولا ينافى هذا ما قدمه الشارح من بطلان الاقرار بعد الهبة لاحتمال انه أبانها ثم تزوّجها على المهر المذكور وفى هذه المسألة كذا قيل وفيه أن الاحتمال موجود ثمة (قوله واسناد) قال فى المنتقى لو أقرّ فى المرض الذى مات فيه أنه باع هذا العبد من فلان فى صحته وقبض الثمن وادّعى ذلك المشترى فانه يصدّق فى البيع ولا يصدّق فى قبض الثمن الا بقدر الثلث هذه مسألة النظم الا انه أغفل فيه قيد تصديق المشترى ابن الشحنة مدنى وقدمنا قبل نحو خمسة أوراق عن نور العين كلاما فراجعه (قوله فيه) أى فى ضعف الموت (قوله من ثلث التراث) أى الميراث (قوله تشهد) باسكان الدال المهملة (قوله نعدّه) بفتح النون وبالعين ورفع الدال المشدّدة (قوله بخلف) برفع الخاء واسكان اللام قال المقدسى ذكر محمد أن قوله لا تخبر فلانا أن له علىّ ألفا اقرار وزعم السرخسى أن فيه روايتين سائحانى (قوله منشئا) أى كان هبة (قوله مظهر) بضم الميم اى مقرّ

(كتاب الصلح)

(قوله مطلقا) فيما يتعين وفيما لا يتعين (قوله بلا قبول) لانه اسقاط وسيجئ قريبا (قوله وشرطه الخ) وشرطه أيضا قبض بدله ان كان دينا بدين والا لا كما سيأتى فى مسائل شتى آخر الكتاب فراجعه وأوضحه فى الدرر هنا (قوله فصح من صبى الخ) وكذا عنه بأن صالح أبوه عن داره وقد ادّعاها مدّع وأقام البرهان (قوله لو فيه نفع) لو قال لو لم يكن فيه ضرر بين لكان اولى ليشمل ما اذا لم يكن فيه نفع ولا ضرر أو كان فيه ضرر

ضرر

غيرتين ط (قوله معلوما) قال فى جامع الفصولين عازيا للمبسوط الصلح على خمسة أوجه * صلح على دراهم أودنانير أوفلوس فيحتاج الى ذكر القدر * الثانى على برّ أوكيلى أو وزنى مما لا حمل له ولا مؤنة فيحتاج الى ذكر قدر وصفة اذ يكون جيدا أووسطا أورديا فلا بدّ من بيانه * الثالث على كيلى أووزنى مما له حمل ومؤنة فيحتاج الى ذكر قدر وصفة ومكان تسليمه عند أبى حنيفة كما فى السلم * الرابع صلح على ثوب فيحتاج الى ذكر ذرع وصفة وأجل اذ الثوب لا يكون دينا الا فى السلم وهو عرف مؤجلا * الخامس صلح على حيوان ولا يجوز الا بعينه اذ الصلح من التجارة والحيوان لا يصلح دينا فيها اه (قوله الى قبضه) بخلاف ما لا يحتاج الى قبضه مثل أن يدعى حقا فى دار رجل وادّعى المدّعى عليه حقا فى أرض بيد المدّعى فاصطلحا على ترك الدعوى جاز (قوله والتعزير) أى اذا كان حقا للعبد كما لا يخفى ح (قوله أومجهولا) أى بشرط أن يكون مما لا يحتاج الى التسليم كترك الدعوى مثلا بخلاف ما لو كان عن تسليم المدّعى وفى جامع الفصولين ادّعى عليه مالا معلوما فصالحه على ألف درهم وقبض بدل الصلح وذكر فى آخر الصك وأبرأ المدّعى عن جميع دعاواه وخصوماته ابراء صحيحا عاما فقيل لم يصح الصلح لانه لم يذكر قدر المال المدّعى فيه ولا بدّ من بيانه ليعلم أن هذا الصلح وقع معاوضة أو اسقاطا أو وقع صرفا شرط فيه التقابض فى المجلس أولا وقد ذكر قبض بدل الصلح ولم يتعرّض لمجلس الصلح فمع هذا الاحتمال لا يمكن القول بصحة الصلح وأمّا الابراء فقد حصل على سبيل العموم فلا تسمع دعوى المدّعى بعين للابراء العام لا للصلح اه وتقدّم التصريح به فى الاستحقاق وانظر ما كتبناه عن الفتح أواخر خيار العيب (قوله كحق شفعة) اذ هو عبارة عن ولاية الطلب وتسليم الشفعة لا قيمة له فلا يجوز أخذ المال فى مقابلته (قوله والثالث) هو احدى الروايتين وبها يفتى كما فى الشرنبلالية عن الصغرى أمّا بطلان الاول فرواية واحدة كما فيها أيضا عن الصغرى (قوله للحاكم) ظاهره انه يبطل بالصلح أصلا وهو الذى فى الشرنبلالية عن قاضى خان فانه قال بطل الصلح وسقط الحدّ ان كان قبل أن يرفع الى القاضى وان كان بعده لا يبطل الحدّ وقد سبق انه انما سقط بالعفو لعدم الطلب حتى لو عاد وطلب حدّ الا أن يحمل ما فى الخانية على انه لم يطلب بعد (قوله مطلقا) قبل الرد وبعده (قوله وطلب الصلح) فاعل طلب مستترفيه والصلح مفعوله ولا حاجة اليه لانه تكرار مع ما فى المتن (قوله على ذلك) وفى بعض النسخ هذه (قوله بالمسقط) هذا يفيد أنه لا يشترط الطلب كالا يشترط القبول ط (قوله وحكمه وقوع الخ) قال فى البحر وحكمه فى جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدّعى سواء كان المدّعى عليه مقرّا أو منكرا وفى المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدّعى عليه ان كان مما يحتمل التمليك كالمال وكان المدّعى عليه مقرّا به وان كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص فالحكم وقوع البراءة كما اذا كان منكرا مطلقا (قوله ووقوع الملك) أى للمدّعى أو المدّعى عليه (قوله عليه) أى مطلقا ولو منكرا (قوله كبيع) أى فتجرى فيه أحكام البيع فينظر ان وقع على خلاف جنس المدّعى فهو بيع وشراء كما ذكرهنا وان وقع على جنسه فان كان بأقلّ من المدّعى فهو حط وابراء وان كان مثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربا اه من الزيلعى رملى قال فى البحر اعتبر بيعا ان كان على خلاف الجنس الا فى مسألتين وتمامه فيه (قوله فتجرى فيه) أى فى هذا الصلح منح فتشمل المصالح عنه والمصالح عليه حتى لو صالح عن دار بدار وجبت فيها الشفعة ط (قوله وتشترط) فى موضع التعليل لقوله ويفسده جهالة البدل (قوله من المدّعى) بالبناء للمفعول (قوله ان كلا الخ) اشار الى أن من بيانية أو تبعيضية وكل مراد تأمّل (قوله كما ذكرنا) أى ان كلا فكلا أو بعضا فبعضا ح (قوله لانه معاوضة) مقتضى المعاوضة انه اذا استحق الثمن فان مثليا رجع بمثله أو قيميا فبقيمته ولا يفسد العقد (فرع) قال فى البزازية وفى نظم الفقه اخذ سارقا من دار غيره فأراد رفعه الى صاحب المال فدفع له السارق مالا على أن يكف عنه يبطل ويردّ البدل الى السارق لانّ الحق ليس له ولو كان الصلح مع صاحب السرقة برئ من الخصومة بأخذ المال وحدّ السرقة لا يثبت من غير خصومة ويصح الصلح اه وفيها أيضا اتهم بسرقة وحبس فصالح ثم زعم أن الصلح كان خوفا على نفسه ان فى حبس الوالى تصح الدعوى لانّ الغالب انه حبس ظلما وان فى حبس القاضى لا تصح

(و) شرطه أيضا (كون المصالح عليه معلوما ان كان يحتاج الى قبضه و) كون (المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو) كان (غير مال كالقصاص والتعزير معلوما كان) المصالح عنه (أومجهولا لا) يصح (لو) المصالح عنه (مما لا يجوز الاعتياض عنه) وبينه بقوله (كحق شفعة وحدّ قذف وكفالة بنفس) ويبطل به الاوّل والثالث وكذا الثانى لو قبل الرفع للحاكم لا حدّ زنى وشرب مطلقا (وطلب الصلح كاف عن القبول من المدّعى عليه ان كان المدّعى به مما لا يتعين بالتعيين) كالدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك لانه اسقاط للبعض وهو يتمّ بالمسقط (وان كان مما يتعين بالتعيين (فلا بدّ من قبول المدّعى عليه) لانه كالبيع بحر (وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى) ووقوع الملك فى مصالح عليه وعنه لو مقرّا (وهو صحيح مع اقرار أو سكوت أو انكار فالاوّل) حكمه (كبيع ان وقع عن مال بمال) وحينئذ (فتجرى فيه) أحكام البيع كالشفعة والردّ بعيب وخيار رؤية وشرط ويفسده جهالة البدل) المصالح عليه لا جهالة المصالح عنه لانه يسقط وتشترط القدرة على تسليم البدل (وما استحق من المدّعى) اى المصالح عنه (ردّ المدّعى حصته من العوض) اى البدل ان كلا فكلا أو بعضا فبعضا (وما استحق من البدل رجع) المدّعى (بحصته من المدّعى) كما ذكرنا لانه معاوضة

وهذا حكمها (و) حكمه (كاجارة ان وقع) الصلح (عن مال بمنفعة) كخدمة عبد وسكنى دار (فشرط التوقيت فيه) ان احتيج اليه والالا كصبغ ثوب (ويبطل بموت احدهما وبهلاك المحل فى المدة) وكذا لو وقع عن منفعة بمال او بمنفعة عن جنس آخر ابن كمال لانه حكم الاجارة (والاخيران) اى الصلح بسكوت او انكار (معاوضة فى حق المدعى وفداء يمين وقطع نزاع فى حق الآخر) وحينئذ (فلا شفعة فى صلح عن دار مع أحدهما) اى مع سكوت او انكار لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته فان كان للمدعى بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة الحجة تبين أن الصلح كان فى معنى البيع وكذا لو لم يكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل شرنبلالية (وتجب فى صلح) وقع (عليها بأحدهما) او باقرار لان المدعى يأخذها عن المال فيؤاخذ بزعمه (وما استحق من المدعى رد المدعى حصته من العوض ورجع بالخصومة فيه) فيخاصم المستحق لخلو العوض عن الغرض (وما استحق من البدل رجع الى الدعوى فى كله او بعضه) هذا اذا لم يقع الصلح بلفظ البيع فان وقع به رجع بالمدعى نفسه لا بالدعوى لان اقدامه على المبايعة اقرار بالملكية عيني وغيره (وهلاك البدل) كلا أو بعضا (قبل التسليم له) اى للمدعى (كاستحقاقه) كذلك (فى الفصلين) اى مع اقرار أو سكوت وانكار وهذا لو البدل مما يتعين والا لم يبطل بل يرجع بمثله عيني (صالح عن) كذا نسخ المتن والشرح وصوابه على (بعض ما يدعيه) اى عين يدعيها لجوازه فى الدين كما سيجيء فلو ادعى عليه دارا فصالحه على بيت معلوم منها فلو من غيرها صح قهستانى (لم يصح) لان ما قبضه من عين حقه وابراء عن الباقى والابراء عن الاعيان باطل قهستانى وحيلة صحته ما ذكره بقوله (الا بزيادة شئ) آخر كثوب ودرهم (فى البدل) فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقى (او) يلحق به (الابراء عن دعوى الباقى)

لان الغالب انه يحبس بحق اه (قوله ان احتيج اليه) كسكنى دار (قوله بموت أحدهما) أى ان عقدها لنفسه بحر (قوله وبهلاك المحل) اى قبل الاستيفاء وتمامه فى البحر (قوله لو وقع) كان ينبغى ذكره قبل قوله فشرط التوقيت فيه (قوله عن منفعة) يعنى انه يصح الصلح فلو ادعى مجرى فى دار أو مسيلا على سطح او شربا فى نهر فأقر أو أنكر ثم صالحه على شئ معلوم جاز كما فى القهستانى علائى شرح ملتقى كذا فى الهامش (قوله عن جنس آخر) كخدمة عبد عن سكنى دار (قوله فى حق المدعى) فبطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم اذا تفرقا قبل القبض بحر (قوله عن دار) يعنى اذا ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر وأنكر فصالح عنها بدفع شئ لم تجب الشفعة لانه يزعم أنه يستبقى الدار المملوكة على نفسه بهذا الصلح ويدفع خصومة المدعى عن نفسه لا أنه يشتريها وزعم المدعى لا يلزمه منح ادعيا أرضا فى يد رجل بالارث من أبيهما فجحد ذو اليد فصالحه أحدهما على مائة لم يشاركه الآخر لان الصلح معاوضة فى زعم المدعى فداء يمين فى زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك وفى رواية عن أبى[2] يشاركه خانية ملخصا (قوله وتجب) اى تجب الشفعة فى دار وقع الصلح عليها بأن تكون بدلا (قوله بأحدهما) اى الانكار والسكوت (قوله لخلو) علة لقوله رد المدعى حصته (قوله رجع) اى المدعى (قوله الى الدعوى) الا اذا كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به فحينئذ يرجع بمثل ما استحق ولا يبطل الصلح كما اذا ادعى ألفا فصالحه على مائة وقبضها فانه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها سواء كان الصلح بعد الاقرار او قبله كما لو وجدها ستوقة او نبهرجة بخلاف ما اذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا اذا استحقت بعد الافتراق فان الصلح يبطل وان كان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس بحر (قوله رجع الى الدعوى) الا اذا كان المصالح عنه مما لا يقبل النقض فانه يرجع بقيمة المصالح عليه كالقصاص والعتق والنكاح والخلع كما فى الاشباه عن الجامع الكبير وتمام الكلام عليه فى حاشية الحموى (قوله فى كله) ان استحق كل العوض (قوله او بعضه) ان استحق بعضه (قوله لان اقدامه) اى المدعى عليه (قوله بالملكية) اى للمدعى بخلاف الصلح لانه لم يوجد منه ما يدل على انه أقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة (قوله كاستحقاقه) فيرجع بالمدعى او بالدعوى درمنتقى (قوله كذلك) كذا فى الهامش اى كلا او بعضا (قوله بعض ما يدعيه) اى وهو قائم ويأتى حكم ما اذا كان هالكا عند قول الماتن والصلح عن المغصوب الهالك وقال القهستانى لان المدعى بهذا الصلح استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقى والابراء عن الاعيان باطل اه مدنى (قوله او يلحق) منصوب بأن مثل او يرسل (قوله عن دعوى الباقى) قيد بالابراء عن دعواه لان الابراء عن عينه غير صحيح كذا فى المبسوط ابن ملك بأن يقول برئت عنها او عن خصومتى فيها او عن دعوى هذه الدار فلا تسمع دعواه ولا بينته وأما لو قال ابرأتك عنها او عن خصومتى فيها فانه باطل وله أن يخاصم كما لو قال لمن بيده عبد برئت منه فانه يبرأ ولو قال ابرأتك لا لانه انما ابرأه عن ضمانه كما فى الاشباه من أحكام الدين قلت ففرقوا بين ابرأتك وبرئت أو أنا برىء لاضافة البراءة لنفسه فتعم بخلاف ابرأتك لانه خطاب الواحد فله مخاصمة غيره كما فى حاشيتها معزيا للولوالجية شرح الملتقى وفى البحر الابراء ان كان على وجه الانشاء فان كان عن العين بطل من حيث الدعوى فله الدعوى بها على المخاطب وغيره ويصح من حيث نفى الضمان فان كان عن دعواها فان أضاف الابراء الى المخاطب كابرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتى فيها او عن دعواى فيها لا تسمع دعواه على المخاطب فقط وان أضافه الى نفسه كقوله برئت عنها او أنا برىء فلا تسمع مطلقا هذا لو على طريق الخصوص اى عين مخصوصة فلو على العموم فله الدعوى على المخاطب وغيره كما لو تبارأ الزوجان عن جميع الدعاوى وله أعيان قائمة له الدعوى بها لانه ينصرف الى الديون لا الاعيان وأما اذا كان على وجه الاخبار كقوله هو برىء مما لى قبله فهو صحيح متناول للدين والعين فلا تسمع الدعوى وكذا لا ملك لى فى هذه العين ذكره فى المبسوط

[2] قوله عن أبى قد سقط من أصل نسخة المؤلف لفظ ما يضاف اليه أبى فتركت محله بياضا ليوضع فيه ما يوجد فى الخانية بعد مراجعتها اه من هامش الاصل

والمحيط فعلم أن قوله لا استحق قبله حقا مطلقا ولا دعوى يمنع الدعوى بالعين والدين لما فى المبسوط لا حق لى قبله يشمل كل عين ودين فلو ادّعى حقا لم يسمع مالم يشهدوا أنه بعد البراءة اه مافى البحر ملخصا وقوله بعد البراءة يفيد أن قوله لاحق لى ابراء عام لا اقرار (قوله مطلقا) اى سواء وجد أحد الامرين اولم يوجد فلا تسمع دعوى الباقى ح (قوله وقولهم) جواب سؤال وارد على كلام الماتن لا على ظاهر الرواية اذ لا تعرّض للابراء فيها وماتضمنه الصلح اسقاط للباقى لا ابراء فافهم (قوله عن دعوى الخ) كذا عبارة القهستانى ويجب اسقاط لفظ دعوى بقرينة الاستدراك الآتى ونقل الحموى عن حواشى صدر الشريعة للحفيد معنى قولنا البراءة عن الاعيان لا تصح أن العين لا تصير ملكا للمدّعى عليه لا أن يبقى المدّعى على دعواه الخ ابو السعود وهذا أوضح مما هنا قال السائحانى والاحسن أن يقال الابراء عن الاعيان باطل ديانة لا قضاء قال فى الهامش وعبارته فى شرح الملتقى معناه أن العين لا تصير ملكا للمدّعى عليه لا انه يبقى على دعواه بل تسقط فى الحكم كالصلح عن بعض الدين فانه انما يبرأ عن باقيه فى الحكم لا فى الديانة فلو ظفر به أخذه ذكره القهستانى والبرجندى وغيرهما وأما الابراء عن دعوى الاعيان فصحيح اه مافى الهامش وهو مخالف لما نقلناه عن شرح الملتقى آنفا وفى الخلاصة ابرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتى فيها أو عن دعواى فيها فهذا كله باطل حتى لو ادّعى بعده تسمع ولو أقام بينة تقبل اه تأمل (قوله وأما الصلح) مقابل قوله اى عين يدعيها (قوله بعض الدين) قال المقدسى عن المحيط له ألف فأنكره المطلوب فصالحه على ثلثمائة من الالف صح ويبرأ عن الباقى قضاء لا ديانة ولو قضاه الالف فأنكر الطالب فصالحه بمائة صح ولا يحل له أخذها ديانة فيؤخذ من هنا ومن أن الربا لا يصح الابراء عنه مابقيت عينه عدم صحة براءة علماء قضاة زماننا مما يأخذونه ويطلبون الابراء فيبرؤنهم بل ما أخذوه من الربا اعرف بجامع عدم الحل فى كل واعلم أن عدم براءته فى الصلح استثنى منه فى الخانية مالو زاد وأبرأتك عن البقية سائحانى ويظهر من هذا أن ماتضمنه الصلح من الاسقاط ليس ابراء من كل وجه والا لم يحتج لقوله ابرأتك عن البقية (قوله أى قضاء) وحينئذ فلا فرق بين الدين والعين على ظاهر الرواية تأمل (قوله من الاشباه) قال فيها عن الخانية الابراء عن العين المغصوبة ابراء عن ضمانها وتصير أمانة فى يد الغاصب ولو كانت العين مستهلكة صح الابراء وبرئ من قيمتها اه فقولهم الابراء عن الاعيان باطل معناه أنها لا تكون ملكا له بالابراء والا فالابراء عنها لسقوط ضمانها صحيح أو يحمل على الامانة اه ملخصا اى أن البطلان عن الاعيان محله اذا كانت الاعيان أمانة لانها اذا كانت أمانة لا تلحقه عهدتها فلا وجه للابراء عنها تأمل وحاصله أن الابراء المتعلق بالاعيان اما أن يكون عن دعواها وهو صحيح بلا خلاف مطلقا وان تعلق بنفسها فان كانت مغصوبة هالكة صح أيضا كالدين وان كانت قائمة فمعنى البراءة عنها البراءة عن ضمانها لو هلكت وتصير بعد البراءة من عينها كالامانة لا تضمن الا بالتعدى عليها وان كانت العين امانة فالبراءة لا تصح ديانة بمعنى انه اذا ظفر بها مالكها أخذها وتصح قضاء فلا يسمع القاضى دعواه بعد البراءة هذا ملخص ما استفيد من هذا المقام ط وهو كلام حسن يرشدك الى أن قول الشارح معناه محمول على الامانة بقى لو ادّعى عليه عينا فى يده فأنكر ثم ابرأه المدّعى عنها فهو بمنزلة دعوى الغصب لانه بالانكار صار غاصبا وهل تسمع الدعوى بعده لو قائمة الظاهر نعم (قوله ولو باقرار) اى صح الصلح عن دعوى المال ولو كان الصلح باقرار المدّعى عليه وسواء كان الصلح عنه بمال او بمنفعة وقوله هنا عنه اى عن المال (قوله أو بمنفعة) اى ولو بمنفعة (قوله وعن دعوى المنفعة) صورة دعوى المنافع أن يدّعى على الورثة أن الميت اوصى بخدمة هذا العبد وأنكر الورثة لانّ الرواية محفوظة على انه لو ادّعى استئجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز اه وفى الاشباه الصلح جائز عن دعوى المنافع الا دعوى اجارة كما فى المستصفى اه رملى وهو مخالف لما فى البحر تأمل (قوله عن جنس آخر) كالصلح عن السكنى على خدمة العبد بخلاف الصلح عن السكنى على سكنى فلا يجوز كما فى العينى والزيلعى قال السيد الحموى لكن فى الولوالجية ما يخالفه حيث قال واذا ادّعى سكنى دار مصالحة عن سكنى دار اخرى مدة معلومة جاز واجارة السكنى بالسكنى لا تجوز قال وانما كان كذلك لانهما ينعقدان تمليكا بتمليك اه ابو السعود وذكره ابن ملك فى شرح النقاية مخالفا لما ذكره فى شرحه على المجمع قال فى اليعقوبية والموافق للكتب مافى شرح المجمع (قوله على مال) اى فى حق المدّعى وفى حق الآخر دفعا

لكن ظاهر الرواية الصحة مطلقا شرنبلالية ومشى عليه فى الاختيار وعزاه فى العزمية للبزازية وفى الجلالية لشيخ الاسلام وجعل مافى المتن رواية ابن سماعة وقولهم الابراء عن الاعيان باطل معناه بطل الابراء عن دعوى الاعيان ولم يصر ملكا للمدّعى عليه ولذا لو ظفر بتلك الاعيان حل له اخذها لكن لا تسمع دعواه فى الحكم وأما الصلح على بعض الدين فيصح ويبرأ عن دعوى الباقى اى قضاء لا ديانة فلذا لو ظفر به اخذه قهستانى وتمامه فى أحكام الدين من الاشباه وقد حققته فى شرح الملتقى (وصح) الصلح (عن دعوى المال مطلقا) ولو باقرار أو بمنفعة (و) عن دعوى (المنفعة) ولو بمنفعة عن جنس آخر (و) عن دعوى (الرق وكان عتقا على مال)

ويثبت الولاء لو باقرار والا لا الا ببينة درر قلت ولا يعود بالبينة رقيقا وكذا فى كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعى لانه باخذ البدل باختياره نزل بائعا فليحفظ (و) عن دعوى الزوج (النكاح) على غير مزوجة (وكان خلعا) ولا يطيب لو مبطلا ويحل لها التزوج لعدم الدخول ولو ادّعته المرأة فصالحها لم يصح وقاية ونقاية ودرر وملتقى وصححه فى المجتبى والاختيار وصحح الصحة فى درر البحار (وان قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه) لانه ليس من تجارته فلم يلزم المولى لكن يسقط به القود ويؤاخذ بالبدل بعد عتقه (وان قتل عبد له) اى للمأذون (رجلا عمدا وصالحه) المأذون (عنه جاز) لانه من تجارته والمكاتب كالحر (والصلح عن المغصوب الهالك على اكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة جائز) كصلحه بعرض (فلا تقبل بينة الغاصب بعده) اى الصلح على (أن قيمته أقل مما صالح عليه) ولا رجوع للغاصب (على المغصوب منه بشئ (لو تصادقا بعده انها أقل) بحر (ولو اعتق موسر عبدا مشتركا فصالح) الموسر (الشريك على اكثر من نصف قيمته لا يجوز) لانه مقدر شرعا فبطل الفضل اتفاقا (كالصلح فى) المسألة (الاولى) على اكثر من قيمة المغصوب (بعد القضاء بالقيمة) فانه لا يجوز لان تقدير القاضى كالشارع (وكذا لو صالح بعرض صح وان كانت القيمة اكثر من قيمة مغصوب تلف) لعدم الربا (و) صح (فى) الجناية (العمد) مطلقا ولو فى نفس مع اقرار (بأكثر من الدية والارش) أو بأقل لعدم الربا وفى الخطا كذلك لا تصح الزيادة لان الدية فى الخطا مقدرة حتى لو صالح بغير مقاديرها صح كيفما كان بشرط المجلس لئلا يكون دينا بدين وتعيين القاضى أحدها يصير غيره كجنس آخر ولو صالح على خمر فسد فتلزم الدية فى الخطا ويسقط القود

للخصومة بحر (قوله لو باقرار) اى من العبد (قوله لا يستحق المدعى) بالبناء للمفعول وسياق آخر الباب استثناء مسألة (قوله لانه بأخذ البدل) باضافة أخذ الى البدل (قوله على غير مزوجة) لانه لو كانت ذات زوج لم يصح الصلح وليس عليها العدة ولا تجديد النكاح مع زوجها كما فى العمادية قهستانى (قوله وكان خلعا) ظاهره أنه ينقص عدد الطلاق فيملك عليها طلقتين لو تزوجها بعد أما اذا كان عن اقرار فظاهر وأما اذا كان عن انكار أو سكوت فعاملة له بزعمه فتدبر ط (قوله لو مبطلا) هذا عام فى جميع انواع الصلح كفاية (قوله لم يصح) وأطال صاحب غاية البيان فى ترجيحه حموى (قوله فى درر البحار) وأقره فى شرحه غرر الافكار وعليه اقتصر فى البحر فكان فيه اختلاف التصحيح وعبارة المجمع او ادّعت منع نكاحه فصالحها جاز وقيل لم يجز (قوله عمدا) قيد به لانه لو كان القتل خطأ فالظاهر الجواز لانه يسلك به مسلك الاموال ط (قوله فلم يلزم المولى) قال المقدسى فان أجازه صح سائحانى (قوله عبد) فاعل قتل (قوله المغصوب) اى القيمى لانه لو كان مثليا فهلك فالمصالح عليه ان كان من جنس المغصوب لا تجوز الزيادة اتفاقا وان كان من خلاف جنسه جاز اتفاقا وقيد بالهلاك اذ لو كان قبله يجوز اتفاقا ابن ملك وسيذكر محترز قوله قبل القضاء وقيد بقوله على اكثر من قيمته لانه محل الخلاف وفى جامع الفصولين غصب كرّبرّ أو ألف درهم فصالح على نصفه فلو كان المغصوب هالكا جاز الصلح ولو قائما لكن غيبه او أخفاه وهو مقرّ أو منكر جاز قضاء لا ديانة ولو حاضرا يراه لكن غاصبه منكر جاز كذلك فلو وجد المالك بينة على بقية ماله قضى له به والصلح على بعض حقه فى كيلى او وزنى حال قيامه باطل ولو أقرّ بغصبه وهو ظاهر ويقدر مالكه على قبضه فصالحه على نصفه على ان ابرأه عما بقى جاز قياسا لا استحسانا ولو صالحه فى ذلك على ثوب ودفعه جاز فى الوجوه كلها اذ يكون مشتريا للثوب بالمغصوب ولو كان المغصوب قنا او عرضا فصالح غاصبه مالكه على نصفه وهو مغيبه عن مالكه وغاصبه مقرّ أو منكر لم يجز اذ صلحه على نصفه اقرار ببقائه بخلاف كيلى او وزنى اذ يتصور هلاك بعضه دون بعضه عادة بخلاف ثوب وقنّ اهـ (قوله من قيمته) ولو بغبن فاحش قال فى غاية البيان بخلاف الغبن اليسير فانه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلا فلم يكن ربا أى عندهما (قوله بالقيمة جائز) لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس فلا يكون ربا وهذا جائز عند الامام خلافا لهما لان حق المالك فى الهالك لم ينقطع ولم يتحوّل الى القيمة فكان صلحا عن المغصوب لا عن قيمته (قوله بعرض) اى سواء كانت قيمته كقيمة الهالك أو أقل أو اكثر وانما ذكرها الشارح هنا مع انها ستأتى متنا اشارة الى أن محلها هنا ح (قوله موسر) قيد به لانه لو كان معسرا يسعى العبد فى نصفه كما فى مسكين (قوله وصح فى الجناية العمد) شمل ما اذا تعدد القاتل او انفرد حتى لو كانوا جماعة فصالح أحدهم على اكثر من قدر الدية جاز وله قتل البقية والصلح معهم لان حق القصاص ثابت على كل واحد منهم على سبيل الانفراد تأمل رملى (قوله لعدم الربا) لان الواجب فيه القصاص وهو ليس بمال (قوله كذلك) اى ولو فى نفس مع اقرار ح (قوله الزيادة) أفاد صحة النقص (قوله حتى لو صالح) أفاد أن الكلام فيما اذا صالح على احد مقادير الدية وصح مائة بعير أو مائتا بقرة او مائتا شاة او مائتا حلة او ألف دينار أو عشرة آلاف درهم كما فى العزمية عن الكافى (قوله بشرط المجلس) اى بشرط القبض فى المجلس وهذا مقيد بما اذا كان الصلح بمكيل او موزون كما قيده فى العناية ح (قوله احدها) كالابل مثلا (قوله يصير) بضم الياء وفتح الصاد وكسر الياء المشددة فعل مضارع (قوله بجنس آخر) فلو قضى القاضى بمائة بعير فصالح القاتل عنها على اكثر من مائتى بقرة وهى عنده ودفعها جاز وتمامه فى الجوهرة (قوله ويسقط القود) اى فى العمد يعنى يصير الصلح الفاسد فيما يوجب القود عفوا عنه وكذا على خنزير أو حرّ كما فى الهندية سائحانى وهذا بخلاف ما اذا فسد بالجهالة قال فى المنح ثم اذا فسدت

التسمية

التسمية فى الصلح كالوصالح على دابة اوثوب غيرمعين تجب الدية لان الولى لم يرض بسقوط حقه مجانا بخلاف ما اذا لم يسم شيأ اوسمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شئ لما ذكرنا اى من أن القصاص انما يتقوم بالتقوم ولم يوجد (قوله مايرجع اليه) اذ لادية فيه بخلاف الخطأ فانه اذا بطل الصلح يرجع الى الدية المتقدمة قريبا (قوله اوعلى) نسخ المتن اوعن (قوله يدعيه على آخر) العبارة مقلوبة والصواب يدعيه عليه آخر بدل عليه قوله لزم بدله الموكل (قوله فيؤاخذ) اى ويرجع على الموكل به وكذا الصلح بالخلع وكذا يرجع فى الصورة التالية لهذه كما فى المقدسى سائحانى (قوله فيلزم الوكيل) اى ثم يرجع به على الموكل (قوله لانه حينئذ كبيع) والحقوق فيه ترجع الى المباشر فكذا ما كان بمنزلته (قوله مطلقا) سواء كان عن مال بمال أولا ح (قوله صالح عنه فضولى الخ) هذا فيما اذا أضاف العقد الى المصالح عنه لما فى آخر تصرفات الفضولى من جامع الفصولين ف الفضولى اذا أضاف العقد الى نفسه يلزمه البدل وان لم يضمنه ولم يضفه الى مال نفسه ولا الى ذمة نفسه وكذا الصلح عن الغير اه (قوله وسلم) اى فى الاخيرة (قوله صح) مكرر بما فى المتن وفى الدرر أما الاول فلان الحاصل للمدعى عليه البراءة وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء ويجوز أن يكون الفضولى أصيلا اذا ضمن كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل وأما الثانى فلانه اذا اضافه الى نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وأما الثالث فلانه اذا عينه للتسليم فقد اشترط له سلامة العوض فصار العقد تاما بقبوله وأما الرابع فلان دلالة التسليم على رضى المدعى فوق دلالة الضمان والاضافة لنفسه على رضاه اه باختصار (قوله فى الكل) فلو استحق العوض فى الوجوه التى تقدمت اووجده زيوفا اوستوقة لم يرجع على المصالح لانه متبرع التزم تسليم شئ معين ولم يلتزم الايفاء عن غيره فلا يلزمه شئ آخر ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض بترك حقه مجانا الا فى صورة الضمان فانه يرجع على المصالح لانه صار دينا فى ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه زيلعى (قوله بأمره) لم يرجع على المصالح عنه ان كان الصلح بأمره بزازية فتقييد الضمان اتفاقى وفيها الامر بالصلح والخلع أمر بالضمان لعدم توقف صحتهما على الامر فينصرف الامر الى اثبات حق الرجوع بخلاف الامر بقضاء الدين اه (قوله عزمى) لم اجده فيه فليراجع (قوله والا يسلم) كان ينبغى أن يقول والا يوجد شئ مما ذكر من الصور الاربعة كما يعلم مما نقلناه عن الدرر (قوله والا فهو موقوف) هذه صورة خامسة مترددة بين الجواز والبطلان ووجه الحصر كما فى الدرر أن الفضولى اما أن يضمن المال أولا فان لم يضمن فاما أن يضف الى ماله أولا فان لم يضفه فاما أن يشير الى نقد أو عرض اولا فان لم يشر فاما أن يسلم العوض أولا فالصلح جائز فى الوجوه كلها الا الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى ماله ولم يشر اليه ولم يسلم الى المدعى حيث لا يحكم بجوازه بل يكون موقوفا على الاجازة اذ لم يسلم للمدعى عوض اه وجعل الصور الزيلعى أربعا وألحق المشار بالمضاف (قوله الخمسة) التى خامستها قوله والا بطل او التى خامستها قوله والا فهو موقوف بعد قوله اوعلى هذا ويؤيده قول الشارح سابقا فى الصورة الرابعة (قوله فى دعواه) فيه أنه اذا كان صادقا فى دعواه كيف يطيب له وفى زعمه انها وقف وبدل الوقف حرام تملكه من غير مسوغ فأخذه مجرد رشوة ليكف دعواه فكان كما اذا لم يكن صادقا وقد يقال انه انما أخذه ليكف دعواه لا ليبطل وقفيته وعسى أن يوجد مدع آخر ط قلت اطلق فى أول وقف الحامدية الجواب بأنه لا يصح قال لان المصالح يأخذ بدل الصلح عوضا عن حقه على زعمه فيصير كالمعاوضة وهذا لا يكون فى الوقف لان الموقوف عليه لا يملك الوقف فلا يجوز له بيعه فههنا ان كان الوقف ثابتا فالاستبدال به لا يجوز والا فهذا يأخذ بدل الصلح لا عن حق ثابت فلا يصح ذلك على حال كذا فى جواهر الفتاوى اه ثم نقل الحامدى ما هنا ثم قال فتأمل اه وانظر ما كتبناه فى باب البيع الفاسد عن النهر عند قوله بخلاف بيع قن ضم الى مدبر (قوله كل صلح بعد صلح) المراد الصلح الذى هو اسقاط أما لو اصطلحا على عوض ثم على عوض آخر فالثانى هو الجائز وانفسخ الاول كالبيع نور العين عن الخلاصة (قوله فالثانى باطل) قاله القاضى الامام (قوله وكذا النكاح الخ) وتمامه فى جامع الفصولين فى الفصل العاشر كذا فى الهامش (قوله بعد النكاح) وفيه خلاف فقيل تجب التسمية الثانية وقيل كل منهما (قوله والحوالة الخ) بأن كان له على آخر ألف فأحال عليه بها شخصا ثم أحال عليه بها شخصا آخر شيخنا (قوله بعد الشراء) أى بعد ما اشترى المصالح عنه (قوله الا فى ثلاث) قلت

لعدم ما يرجع اليه اختيار (وكل) زيد عمرا (بالصلح عن دم عمد أو على بعض دين يدعيه) على اخر من مكيل وموزون (لزم بدله الموكل) لانه اسقاط فكان الوكيل سفيرا الا أن يضمنه الوكيل) فيؤاخذ بضمانه (كما لو وقع الصلح) من الوكيل (عن مال بمال عن اقرار) فيلزم الوكيل لانه حينئذ كبيع (أما اذا كان عن انكار لا) يلزم الوكيل مطلقا بحر ودرر (صالح عنه) فضولى (بلا أمر صح ان ضمن المال أو أضاف) الصلح (الى ماله او قال على) هذا او (كذا وسلم) المال صح وصار متبرعا فى الكل الا اذا ضمن بأمره عزمى زاده (والا) يسلم فى الصورة الرابعة (فهو موقوف فان أجازه المدعى عليه جاز ولزمه) البدل (والا بطل والخلع فى جميع ما ذكرنا من الاحكام) الخمسة (كالصلح ادعى وقفية دار ولا بينة له فصالحه المنكر لقطع الخصومة جاز وطاب له) البدل (لو صادقا فى دعواه وقيل) قائله صاحب الاجناس (لا) يطيب لانه بيع معنى وبيع الوقف لا يصح (كل صلح بعد صلح فالثانى باطل وكذا) النكاح بعد النكاح والحوالة بعد الحوالة و(الصلح بعد الشراء) والاصل أن كل عقد أعيد فالثانى باطل الا فى ثلاث مذكورة فى بيوع الاشباه

الكفالة والشراء والاجارة فلتراجع (أقام) المدعى عليه (بينة بعد الصلح عن انكار ان المدعى قال قبله) قبل الصلح (ليس لى قبل فلان حق فالصلح ماض) على الصحة (ولو قال) المدعى (بعد ما كان لى قبله) قبل المدعى عليه (حق بطل) الصلح بحر قال المصنف وهو مقيد لاطلاق العمادية ثم نقل عن دعوى البزازية أنه لو ادعى الملك بجهة اخرى لم يبطل فيحرر (والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا) والفاسدة ما يمكن تصحيحها بحر وحرر فى الاشباه أن الصلح عن انكار بعد دعوى فاسدة فاسد الا فى دعوى بمجهول فجائز فليحفظ (وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا) فيصح الصلح مع بطلان الدعوى كما اعتمده صدر الشريعة آخر الباب وأقره ابن الكمال وغيره فى باب الاستحقاق كما مر فراجعه (وصح الصلح عن دعوى حق الشرب وحق الشفعة وحق وضع الجذوع على الاصح) الاصل انه متى توجهت اليمين نحو الشخص فى اى حق كان فافتدى اليمين بدراهم جاز حتى فى دعوى التعزير مجتبى بخلاف دعوى حد ونسب درر (الصلح ان كان بمعنى المعاوضة) بأن كان دينا بعين (ينتقض بنقضهما) اى بفسخ المتصالحين (وان كان لا بمعناها) اى المعاوضة بل بمعنى استيفاء البعض واسقاط البعض (فلا) تصح اقالته ولا نقضه لان الساقط لا يعود قنية وصيرفية فليحفظ (ولو صالح عن دعوى دار على سكنى بيت منها أبدا او صالح على دراهم الى الحصاد او صالح مع المودع بغير دعوى الهلاك لم يصح الصلح) فى الصور الثلاث سراجية قيد بعدم دعوى الهلاك لانه لو ادعاه وصالحه قبل اليمين صح به يفتى خانية (ويصح) الصلح (بعد حلف المدعى عليه

زاد فى الفصولين الشراء بعد الصلح (قوله الكفالة) اى لزيادة التوثق اشباه (قوله والشراء) اطلقه فى جامع الفصولين وقيده فى القنية بأن يكون الثانى اكثر ثمنا من الاول أو أقل أو بجنس آخر والا فلا يصح أشباه (قوله والاجارة الخ) أى من المستأجر الاول فهى نسخ للاولى اشباه (قوله ليس لى قبل) بكسر ففتح (قوله ما كان لى قبله) بكسر ففتح أيضا (قوله قال المصنف) نصه وفى العمادية ادعى فأنكر فصالحه ثم ظهر بعده أن لا شئ عليه بطل الصلح اه أقول يجب أن يقيد قوله ثم ظهر بغير الاقرار قبل الصلح لما تقدم من مسألة المختصر وبه صرح مولانا صاحب البحر ح ولا يخفى أن علة مضى الصلح على الصحة فى مسألة المتن المتقدمة عدم قبول الشهادة لما فيه من التناقض فلا يظهر حينئذ أن لا شئ عليه فلم تشملها عبارة العمادية فافهم (قوله عن دعوى البزازية) ونصها وفى المنتقى ادعى ثوبا وصالح ثم برهن المدعى عليه على اقرار المدعى أنه لا حق له فيه ان على اقراره قبل الصلح فالصلح صحيح وان بعد الصلح يبطل الصلح وان علم الحاكم اقراره بعدم حقه ولو قبل الصلح يبطل الصلح وعلمه بالاقرار السابق كاقراره بعد الصلح هذا اذا اتحد الاقرار بالملك بأن قال لا حق لى بجهة الميراث ثم قال انه ميراث لى عن أبى فأما غيره اذا ادعى ملكا لا بجهة الارث بعد الاقرار بعدم الحق بطريق الارث بأن قال حق بالشراء او بالهبة لا يبطل اه (قوله فيحرر) ما نقله عن البزازية لا يحتاج الى تحرير لانه تقييد مفيد ولعله أراد تحرير ما قاله المصنف من تقييد ما فى العمادية فانه غير ظاهر كما علمت والله أعلم (قوله والفاسدة) مثال الدعوى التى لا يمكن تصحيحها لو ادعى أمة فقالت أنا حرة الاصل فصالحها عنه فهو جائز وان أقامت بينة على انها حرة الاصل بطل الصلح اذ لا يمكن تصحيح هذه الدعوى بعد ظهور حرية الاصل ومثال الدعوى التى يمكن تصحيحها لو أقامت بينة انها كانت أمة فلان أعتقها عام أول وهو يملكها بعد ما ادعى شخص انها امته لا يبطل الصلح لانه يمكن تصحيح دعوى المدعى وقت الصلح بأن يقول ان فلانا الذى اعتقك كان غصبك منى حتى لو أقام بينة على هذه الدعوى تسمع دعوى مدنى وقوله هنا وهو يملكها جملة حالية (قوله وحرر الخ) هذا التحرير غير محرر ورده الرملى وغيره بما فى البزازية والذى استقر عليه فتوى ائمة خوارزم أن الصلح عن دعوى فاسدة لا يمكن تصحيحها لا يصح والتى يمكن تصحيحها كما اذا ترك ذكر أحد الحدود يصح اه وهذا ما ذكره المصنف وقد علمت أنه الذى اعتمده صدر الشريعة وغيره فكان عليه المعول (قوله وقيل الخ) الاخصر أن يقال وقيل يصح مطلقا (قوله آخر الباب) فيه تطرفات عبارته هكذا ومن المسائل المهمة انه هل يشترط لصحة الصلح صحة الدعوى ام لا فبعض الناس يقولون يشترط لكن هذا غير صحيح لانه اذا ادعى حقا مجهولا فى دار فصولح على شئ يصح الصلح على ما مر فى باب الحقوق والاستحقاق ولا شك أن دعوى الحق المجهول دعوى غير صحيحة وفى الذخيرة مسائل تؤيد ما قلنا اى فالمتبادر أنه أراد الفاسدة بدليل التمثيل لانه يمكن تصحيحها بتعيين الحق المجهول وقت الصلح وفى حاشية الرملى على المنح بعد نقله عبارته أقول هذا لا يوجب كون الدعوى الباطلة كالفاسدة اذ لا وجه لصحة الصلح عنها كالصلح عن دعوى حد أو ربا وحلوان الكاهن واجرة النائحة والمغنية الخ وكذا ذكر الرملى فى حاشيته على الفصولين نقلا عن المصنف بعد ذكره عبارة صدر الشريعة قال ما نصه فقد أفاد أن القول باشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح ضعيف اه (قوله وحق الشفعة) أى دعوى حقها لدفع اليمين بخلاف الصلح عن حقها الثابت كما مر (قوله دينا بعين) وفى بعض النسخ بدين (قوله وصيرفية) الاولى الاقتصار على العزو الى القنية لانه فى الصيرفية نقل الخلاف فى الصحة وعدمها مطلقا وأما فى القنية فقد حكى القولين ثم وفق بينهما بما هنا فقال الصواب أن الصلح ان كان الخ (قوله على سكنى بيت) قيد بالسكنى لانه لو صالحه على بيت منها كان وجه عدم الصحة كونه جزأ من المدعى بناء على خلاف ظاهر الرواية الذى مشى عليه فى المتن سابقا وقيد بقوله ابدا ومثله حتى يموت كما فى الخانية لانه لو بين المدة يصح لانه صلح على منفعة فهو فى حكم الاجارة فلا بد من التوقيت كما مر وقد اشتبه الامر على بعض المحشين (قوله الى الحصاد) لانه بيع معنى فتضر جهالة الاجل (قوله بغير دعوى) اى الدعوى من المودع (قوله ويصح الصلح) اى لو ادعى مالا

فاكر

فأنكر وحلف ثم ادّعاه عند قاض آخر فأنكر فصولح صح ولا ارتباط لهذه بمسألة الوديعة قال المودع ضاعت الوديعة أورددتها وانكر ربها الردّ أو الهلاك صدّق المودع بيمينه ولا شئ عليه فلو صالح ربها بعد ذلك على شئ فهو على أربعة وجوه * أحدها أن يدّعي ربها الايداع ويجحده المودع ثم صالحه على شئ معلوم جاز اتفاقا * الثانى أن يدّعى الوديعة وطالبه بالردّ فأقرّ المودع بالوديعة وسكت ولم يقل شيأ ورب المال يدّعى عليه الاستهلاك ثم صالحه على شئ معلوم جاز أيضا وفاقا * الثالث أن يدّعى عليه الاستهلاك وهو يدّعى الردّ أو الهلاك ثم صالحه على معلوم جاز عند محمد وأبي يوسف آخرا ولم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف أوّلا وبه يفتى وأجمعوا على أنه لو صالح بعدما حلف أنه ردّ الوديعة أو هلكت لا يجوز الصلح انما الخلاف فيما لو صالح قبل اليمين * الرابع أن يدّعى المودع الردّ أو الهلاك ورب المال سكت ولم يقل شيأ فعند أبي يوسف لا يجوز الصلح وعند محمد يجوز قال المودع بعد الصلح كنت قلت قبل الصلح انها هلكت أورددتها فلم يصح الصلح على قول أبي حنيفة وقال رب المال ماقلت فالقول للمنكر ولا يبطل الصلح خانية هذا ما رأيته في الخانية بنوع اختصار ورأيته في غيرها معزوّا اليها كذلك ونقلها في المنح لكن سقط من عبارته شئ اختلّ به المعنى فانه قال في الوجه الثالث جاز الصلح في قول محمد وأبي يوسف الاوّل وعليه الفتوى والذى رأيته في الخانية أن الفتوى على عدم الجواز وبقي خامسة ذكرها المقدسيّ وهي ادّعى ربها الاستهلاك فسكت فصلحه جائز لكن هذا هو الثانى في الخانية ثم اعلم أن كلام الماتن والشارح غير محرّر لانّ قوله بغير دعوى الهلاك شامل للجحود والسكوت ودعوى الردّ وهو الوجه الاوّل والثانى وأحد شقى الثالث والرابع وقد علمت انه في الاوّل والثانى جائز اتفاقا وكذا في أحد شقى الثالث والرابع على الراجح والصواب أن يقول بعد دعوى الردّ أو الهلاك باسقاط غير والتعبير ببعد وزيادة الردّ فيدخل فيه الوجه الثالث بناء على المفتى به والوجه الرابع بناء على قول أبي يوسف وهو المعتمد لتقديم صاحب الخانية اياه كما هو عادته وقوله لانه لو ادّعاه اى الهلاك شامل لما اذا ادّعى المالك الاستهلاك وهو أحد شقى الوجه الثالث او سكت وهو أحد شقى الرابع وعلمت ترجيح الجواز فيهما فقوله صح به يفتى في غير محله وقوله وصالحه قبل اليمين هذا وارد على اطلاق المتن أيضا ورأيت عبارة الاشباه نحو ما استصوبته ونصها الصلح عقد يرفع النزاع ولا يصح مع المودع بعد دعوى الهلاك اذ لا نزاع ثم رأيت عبارة متن المجمع مثل ما قلته ونصها وأجاز صلح الاجير الخاص والمودع بعد دعوى الهلاك او الردّ ولله الحمد (قوله باقامة) متعلق بالنزاع (قوله بعده) اى الصلح (قوله فانها تقبل) أفاد أنها لو موجودة عند الصلح وفيه غبن لا يصح الصلح وبه صرّح في البزازية سائحانى (قوله ولو طلب) اى الصبيّ بعد بلوغه (قوله وقيل لا) وجه بأنّ اليمين بدل المدّعى فاذا حلفه فقد استوفى البدل حموى عن القنية (قوله في السراجية) وكذا جزم به في البحر قال الحمويّ وما مشى عليه في الاشباه رواية محمد عن أبي حنيفة وما مشى عليه في البحر قولهما وهو الصحيح كما في معين المفتى اه (قوله للاوّل) صوابه للثانى على ما نقله الحموى (قوله والابراء) الواو هنا وفيما بعده بمعنى او حموى (قوله عن عيب) اىّ عيب كان لا خصوص البياض وتمامه في المنح

* (فصل في دعوى الدين) *

(قوله في دعوى الدين) الاولى في الصلح عن دعوى الدين قال في المنح لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لانّ الخصوص أبدا يكون بعد العموم اه (قوله على بعض الخ) قيد بالبعض فأفاد أنه لا يجوز على الاكثر وأنه يشترط معرفة قدره لكن قال في غاية البيان عن شرح الكافى ولو كان لرجل على رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز لانّ جهالة المصالح عنه لا تمنع من صحة الصلح وان صالحه على دراهم فهو فاسد في القياس لانه يحتمل أن بدل الصلح اكثر منه ولكنى أستحسن أن أجيزه لانّ الظاهر أنه كان أقلّ مما عليه لانّ مبنى الصلح على الحط والاغماض فكان تقديرهما بدل الصلح بشئ دلالة ظاهرة على انهما عرفاه أقلّ مما عليه وان كان قدر ما عليه بنفسه اه (قوله من دين) اى بالبيع او الاجارة او القرض قهستانى (قوله وحط لباقيه) فلو قال المدّعى للمدّعى عليه المنكر صالحتك على مائة من ألف عليك كان أخذ المائة ابراء عن تسعمائة وهذا قضاء لا ديانة الا اذا زاد ابرأتك قهستانى وقدمنا مثله معزوّا للخانية (قوله حالا) لانه اعتياض عن الاجل وهو حرام (قوله فيجوز) لانّ معنى الارفاق

دفعا للنزاع) باقامة البينة ولو برهن المدّعى بعده على أصل الدعوى لم تقبل الا في الوصيّ عن مال اليتيم على انكار اذا صالح على بعضه ثم وجد البينة فانها تقبل ولو بلغ الصبيّ فأقامها تقبل ولو طلب يمينه لا يحلف أشباه (وقيل لا) جزم بالاوّل في الاشباه وبالثانى في السراجية وحكاهما في القنية مقدّما للاوّل (طلب الصلح والابراء عن الدعوى لا يكون اقرارا) بالدعوى عند المتقدّمين وخالفهم المتأخرون والاوّل أصح بزازية (بخلاف طلب الصلح) عن المال (والابراء عن المال) فانه اقرار اشباه (صالح عن عيب) او دين (وظهر عدمه او زال) العيب (بطل الصلح) ويردّ ما أخذه اشباه او درر

* (فصل في دعوى الدين) *

(الصلح الواقع على بعض جنس ماله عليه) من دين أو غصب (أخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة) للربا وحينئذ (فصح الصلح بلا اشتراط قبض بدله عن ألف حال على مائة حالة او على ألف مؤجل وعن ألف جياد على مائة زيوف ولا يصح عن دراهم على دنانير مؤجلة) لعدم الجنس فكان صرفا فلم يجز نسيئة (او عن ألف مؤجل على نصفه حالا) الا في صلح المولى مكاتبه فيجوز زيلعيّ (او عن ألف سود على نصفه بيضا) والاصل أن الاحسان ان وجد من الدائن فاسقاط وان منهما

فمعاوضة (قال) لغريمه (اذا أديت الى خمسمائة غدا من ألف لى عليك على انك برىء من) النصف (الباقى فقبل) وأدى فيه (برئ وان لم يؤد ذلك فى الغد عاد دينه) كما كان لفوات التقييد بالشرط ووجوهها خمسة أحدها هذا (و) الثانى (ان لم يوقت) بالغد (لم يعد) لانه ابراء مطلق والثالث (وكذا لوصالحه من دينه على نصفه يدفعه اليه غدا وهو برىء مما فضل على انه ان لم يدفعه غدا فالكل عليه كان الامر) كالوجه الاول (كما قال) لانه صرح بالتقييد والرابع (فان ابرأه عن نصفه على ان يعطيه مابقى غدا فهو برىء ادى الباقى) فى الغد (اولا) لبداءته بالابراء لا بالاداء (و) الخامس (لو علق بصريح الشرط كان أديت ٤٨٠ الخ) كذا (اواذا او متى لا يصح) الابراء لما تقرر أن تعليقه بالشرط صريحا باطل لانه تمليك من وجه (وان قال) المديون (لآخر سرا لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عنى او تحط) عنى (ففعل) الدائن التأخير أو الحط (صح) لانه ليس بمكره عليه (ولو أعلن ما قاله سرا أخذ منه الكل للحال) ولو ادعى ألفا وجحد فقال أقرر لى بها على أن أحط منها مائة جاز بخلاف على أن أعطيك مائة لانها رشوة ولو قال ان أقررت لى حططت لك منها مائة فأقر صح الاقرار ٥
لا الحط مجتبى (الدين المشترك) بسبب متحد كثمن مبيع بيع صفقة واحدة او دين موروث او قيمة مستهلك مشترك (اذا قبض أحدهما شيأ منه شاركه الآخر فيه) ان شاء او اتبع الغريم كما يأتى وحينئذ (فلو صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب) اى خلاف جنس الدين (أخذ الشريك الآخر نصفه الا أن يضمن) له (ربع) أصل (الدين) فلا حق له فى الثوب (ولو لم يصالح بل اشترى بنصفه شيأ ضمنه) شريكه (الربع) لقبضه النصف بالمقاصة (او اتبع غريمه) فى جميع ما مر لبقاء حقه فى ذمته (واذا ابرأ أحد الشريكين الغريم عن نصيبه لا يرجع) لانه اتلاف لا قبض (وكذا) الحكم (ان) كان للمديون على أحدهما دين قبل وجوب دينهما

فيما بينهما اظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الاصل ببعض المال ولكنه ارفاق من المولى بحط بعض المال ومساهلة من المكاتب فيما بقى قبل حلول الاجل ليتوصل الى شرف الحرية (قوله فمعاوضة) اى ويجرى فيه حكمها فان تحقق الربا أو شبهته فسدت والاصحت ط قال ط بأن صالح على شئ هو أدون من حقه قدرا أو وصفا او وقتا وان منهما اى من الدائن والمدين بأن دخل فى الصلح ما لا يستحقه الدائن من وصف كالبيض بدل السود أو ما هو فى معنى الوصف كتعجيل المؤجل او عن جنس بخلاف جنسه اه (قوله لم يعد) اى الدين مطلقا أدى او لم يؤد (قوله مابقى غدا) لو قال ابرأتك عن الخمسة على أن تدفع الخمسة حالة ان كانت العشرة حالة صح الابراء لان أداء الخمسة يجب عليه حالا فلا يكون هذا تعليق الابراء بشرط تعجيل الخمسة ولو مؤجلة بطل الابراء اذا لم يعطه الخمسة جامع الفصولين كذا فى الهامش (قوله بصريح الشرط) قال القهستانى وفيه اشعار بأنه لو قدم الجزاء صح فى الظهيرية لو قال حططت عنك النصف ان نقدت الى نصفها فانه حط عندهم وان لم ينقده سائحانى (قوله كان أديت) الخطاب للغريم ومثله الكفيل كما صرح به الاسبيجابى فى شرح الكافى وقاضى خان فى شرح الجامع قال فى غاية البيان وفيه نوع اشكال لان ابراء الكفيل اسقاط محض ولهذا لا يرتد برده فينبغى أن يصح تعلقه بالشرط الا انه كابراء الاصيل من حيث انه لا يحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف لا غير المتعارف ولذا قلنا اذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفسه أيضا على انه ان وافى بنفسه غدا فهو برىء عن الكفالة بالمال فوافى بنفسه برئ عن المال لانه تعليق بشرط متعارف فصح اه (قوله بمكره عليه) لانه لو شاء لم يفعل الى أن يجد البينة أو يحلف الآخر فينكل عن اليمين اتقانى (قوله أخذ منه) يفيد أن قول المدعى عليه لا أقر لك بمالك الخ اقرار ولذا قال فى غاية البيان قالوا فى شروح الجامع الصغير وهذا انما يكون فى السر أما اذا قال ذلك علانية يؤخذ باقراره اه (قوله الدين المشترك) قيد بالدين لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه أن يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين زيلعى فليحفظ فانه كثير الوقوع وفى الخانية رجلان ادعيا أرضا او دارا فى يد رجل وقالا هى لنا ورثناها من أبينا فجحد الذى هى فى يده فصالحه أحدهما عن حصته على مائة درهم فأراد الابن الآخر أن يشاركه فى المائة لم يكن له أن يشاركه لان الصلح معاوضة فى زعم المدعى فداء عن اليمين فى زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك وعن أبى يوسف فى رواية لشريكه أن يشاركه فى المائة اه (قوله صفقة واحدة) بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة أو كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما زيلعى واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين حتى لو كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة درهم وكتبا عليه صكا واحدا بألف وقبض أحدهما منه شيأ لم يكن للآخر أن يشاركه لانه لا شركة لهما فى الدين لان كل دين وجب بسبب على حدة عزمية وتمامه فى المنح (قوله موروث) او كان موصى به لهما او بدل قرضهما ابو السعود عن شيخه (قوله او اتبع الغريم) فلو اختار اتباعه ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض ولو من غيره بحر وراجع الزيلعى (قوله اى خلاف الخ) لانه لو صالح على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين زيلعى (قوله نصفه) اى نصف الدين من غريمه أو أخذ نصف الثوب منح (قوله الا أن يضمن) أى الشريك المصالح (قوله ربع أصل الدين) أفاد أن المصالح مخير اذا اختار شريكه اتباعه فان شاء دفع له حصته من المصالح عليه وان شاء ضمن له ربع الدين ولا فرق بين كون الصلح عن اقرار أو غيره (قوله مامر) اى فى مسألة القبض او الصلح والشراء (قوله قبل وجوب الخ) أما لو كان حادثا حتى التقيا

قصاصا

عليه حق (وقعت المقاصة بدينه السابق) لانه قاض لاقابض (ولو أبرأ) الشريك المديون (عن البعض قسم الباقى على سهامه) ومثله المقاصة ولو أجل نصيبه صح عند الثانى والغصب والاستئجار بنصيبه قبض لا التزوج والصلح عن جناية عمد وحيلة اختصاصه بما قبض أن يهبه الغريم قدر دينه ثم يبرئه او يبيعه به كفا من تمر مثلا ثم يبرئه ملتقط وغيره ومرت فى الشركة (صالح أحد ربى السلم عن نصيبه على مادفع من رأس المال فان أجازه الشريك) الآخر (نفذ عليهما وان رده رد) لان فيه قسمة الدين قبل قبضه وانه باطل نعم ٤٨١ لو كانا شريكى مفاوضة جاز مطلقا بحر

(فصل فى التخارج)

(اخرجت الورثة أحدهم عن) التركة وهى (عرض او) هى (عقار بمال) أعطوه له (او) اخرجوه (عن) تركة هى (ذهب بفضة) دفعوها له (او) على (العكس) اوعن نقدين بهما (صح) فى الكل صرفا للجنس بخلاف جنسه (قل) ما أعطوه (او كثر) لكن بشرط التقابض فيما هو صرف (وفى) اخراجه عن (نقدين وغيرهما باحد النقدين لا) يصح (الا أن يكون ما اعطى له اكثر من حصته من ذلك الجنس) تحرزا عن الربا ولا بد من حضور النقدين عند الصلح وعلمه بقدر نصيبه شرنبلالية وجلالية ولو بعرض جاز مطلقا لعدم الربا وكذا لو انكروا ارثه لانه حينئذ ليس ببدل بل لقطع المنازعة (وبطل الصلح ان اخرج أحد الورثة وفى التركة ديون بشرط أن تكون الديون لبقيتهم) لان تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل ثم ذكر لصحته حيلا فقال (وصح لو شرطوا ابراء الغرماء منه) اى من حصته لانه تمليك الدين ممن عليه فيسقط قدر نصيبه عن الغرماء (او قضوا نصيب المصالح منه) اى الدين (تبرعا) منهم (واحالهم بحصته او أقرضوه قدر حصته منه

قصاصا فهو كالقبض بحر (قوله عليه) اى على المديون (قوله المديون) بالنصب مفعول ابرأ (قوله قسم الباقى الخ) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأه أحد الشريكين عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة كذا فى الهامش (قوله على سهامه) اى الباقية لا اصلها سائحانى (قوله ومثله المقاصة) بأن كان للمديون على الشريك خمسة مثلا قبل هذا الدين فان القسمة على ما بقى بعد المقاصة (قوله والغصب) اى اذا غصب أحدهما من المديون شيأ ثم اتلفه شاركه الآخر لانه يملكه من وقت الغصب عند أداء الضمان وكذا لو استأجر أحدهما منه دارا بحصته سنة وسكنها وكذا اخدمة العبد وزراعة الارض وكذا لو استأجره بأجر مطلق وروى ابن سماعة عن محمد لو استأجر بحصته لم يشاركه الآخر وجعله كالنكاح وتمامه فى شرح الهداية (قوله لا التزوج) اى تزوج المديونة على نصيبه فانه اتلاف فى ظاهر الرواية بخلاف ما اذا تزوجها على دراهم لانها صارت قصاصا وهو كالاستيفاء اتقانى (قوله جناية عمد) اى لو جنى أحدهما عليه جناية عمد فيما دون النفس ارشها مثل دين الجانى فصالحه على نصيبه وكذا لو فيها قصاص اتقانى (قوله يبرئه) اى الشريك الغريم (قوله عن نصيبه) اى من المسلم فيه (قوله من رأس المال) بأن أراد أن يأخذ رأس ماله ويفسخ عقد الشركة اتقانى فالصلح مجاز عن الفسخ عزمية (قوله عليهما) والمقبوض بينهما وكذا ما بقى من المسلم فيه درر البحار (قوله رد) وبقى المسلم كما كان

(فصل فى التخارج)

(قوله اخرجت الخ) اوصى لرجل بثلث ماله ومات الموصى فصالح الوارث الموصى له من الثلث بالسدس جاز الصلح وذكر الامام المعروف بخواهرزاده أن حق الموصى له وحق الوارث قبل القسمة غير متأكد يحتمل السقوط بالاسقاط اهـ فقد علم أن حق الغانم قبل القسمة وحق حبس الرهن وحق المسيل المجرد وحق الموصى له بالسكنى وحق الموصى له بالثلث قبل القسمة وحق الوارث قبل القسمة يسقط بالاسقاط وتمامه فى الاشباه فيما يقبل الاسقاط وما لا كذا فى الهامش (قوله صرفا للجنس) علة للاخير (قوله لكن بشرط) قال فى البحر ولا يشترط فى صلح أحد الورثة المتقدم أن تكون أعيان التركة معلومة لكن ان وقع الصلح عن أحد النقدين بالآخر يعتبر التقابض فى المجلس غير أن الذى فى يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا غير مانع يشترط تجديد القبض اهـ (قوله اكثر من حصته) فان لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس فالصحيح أن الشك ان كان فى وجود ذلك فى التركة جاز الصلح وان علم وجود ذلك فى التركة لكن لا يدرى أن بدل الصلح من حصته أقل او اكثر أو مثله فسد بحر عن الخانية (قوله وكذا لو انكروا ارثه) اى فانه يجوز مطلقا قال فى الشرنبلالية وقال الحاكم الشهيد انما يبطل على أقل من نصيبه فى مال الربا حالة التصادق وأما فى حالة التناكر بأن انكروا وراثته فيجوز وجه ذلك أن فى حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع هكذا ذكره المرغينانى ولا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا ولو كان بدل الصلح عرضا فى الصور كلها جاز مطلقا وان قل ولم يقبض فى المجلس اهـ (قوله ديون) اى على الناس بقرينة ما يأتى وكذا لو كان الدين على الميت قال فى البزازية وذكر شمس الاسلام أن التخارج لا يصح اذا كان على الميت دين اى يطلبه رب الدين لان حكم الشرع أن يكون الدين على جميع الورثة اهـ (قوله بشرط) متعلق بأخرج (قوله لان تمليك الدين) وهو هنا حصة المصالح (قوله من عليه الدين) وهم الورثة هنا (قوله باطل) ثم يتعدى البطلان الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين اولم يبين عند أبى حنيفة وينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين اذا بين حصته ابن ملك (قوله ابراء الغرماء) اى ابراء المصالح الغرماء (قوله وأحالهم) لا محل لهذه الجملة هنا وهى موجودة فى شرح الوقاية لابن ملك

وصالحوه عن غيره) بما يصلح بدلا (وأحالهم بالقرض على الغرماء) وقبلوا الحوالة وهذه احسن الحيل ابن كمال والاوجه أن يبيعوه كفا من تمر أونحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء ابن ملك (وفي صحة صلح عن تركة مجهولة) أعيانها ولا دين فيها (على مكيل اوموزون) متعلق بصلح (اختلاف) والصحيح الصحة زيلعي لعدم اعتبار شبهة الشبهة وقال ابن الكمال ان في التركة جنس بدل الصلح لم يجزوا الا جازوان لم يدر فعلى الاختلاف (ولو) التركة (مجهولة وهي غير مكيل اوموزون في يد البقية) من الورثة (صح في الاصح) لانها لاتفضى الى المنازعة لقيامها في يدهم حتى لو كانت في يد المصالح او بعضها لم يجز مالم ٤٨٢ يعلم جميع ما في يده للحاجة الى التسليم ابن ملك (وبطل الصلح والقسمة مع احاطة الدين بالتركة) الا أن يضمن الوارث الدين بلا رجوع او يضمن اجنبي بشرط براءة الميت أو يوفى من مال آخر (ولا) ينبغي أن (يصالح) ولا يقسم (قبل القضاء) بالدين (في غير دين محيط ولو فعل) الصلح والقسمة (صح) لان التركة لا تخلو عن قليل دين فلو وقف الكل تضرر الورثة فيوقف قدر الدين استحسانا وقاية لئلا يحتاجوا الى نقض القسمة بحر

٥ (ولو أخرجوا واحدا) من الورثة (فحصته تقسم بين الباقي على السواء ان كان ما أعطوه من مالهم غير الميراث وان كان) المعطى (مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم) يقسم بينهم وقيده الخصاف بكونه عن انكار فلو عن اقرار فعلى السواء وصلح أحدهم عن بعض الاعيان صحيح ولو لم يذكر في صك التخارج أن في التركة دينا أم لا فالصلح صحيح وكذا لو لم يذكره في الفتوى فيفتى بالصحة ويحمل على وجود شرائطها مجمع الفتاوى (والموصى له) بمبلغ من التركة (كوارث فيما قدمناه) من مسألة التخارج (صالحوا) أي الورثة (أحدهم) وخرج من بينهم (ثم ظهر للميت دين أوعين لم يعلموها هل يكون ذلك داخلا في الصلح) المذكور

وفي بعض النسخ اوأحالهم (قوله عن غيره) اى عما سوى الدين (قوله أحسن الحيل) لان في الاولى ضررا للورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وكذا في الثانية لان النقد خير من النسيئة اتقانى (قوله والاوجه) لان في الاخيرة لا يخلو عن ضرر التقديم في وصول مال ابن ملك (قوله شبهة الشبهة) لانه يحتمل أن لا يكون في التركة من جنسه ويحتمل أن يكون واذا كان فيها يحتمل أن يكون الذى وقع عليه الصلح أكثر وان احتمل أن يكون مثله أو دونه وهو احتمال الاحتمال فنزل الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة (قوله بدل) بالبناء للمفعول (قوله أوموزون) اى ولا دين فيها ووقع الصلح على مكيل وموزون اتقانى (قوله في الاصح) وقيل لا يجوز لانه بيع المجهول لان المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ من المكيل والموزون اتقانى (خاتمة) التهايؤ أى تناوب الشريكين في دابتين غلة اوركوبا مختص جوازه بالصلح عند أبي حنيفة لا الجبر وجائز في دابة غلة اوركوبا بالصلح فاسد في غلة عبدين عنده ولوجبرا درر البحار وفي شرحه غرر الافكار ثم اعلم أن التهايؤ جبرا في غلة عبد أودابة لا يجوز اتفاقا للتفاوت وفي خدمة عبد أوعبدين جاز اتفاقا لعدم التفاوت ظاهرا ولقلته وفي غلة دار أو دارين اوسكنى دار أو دارين جاز اتفاقا لامكان المعادلة لان التغير لا يميل الى العقار ظاهرا وأن التهايؤ صلحا جائز في جميع الصور كما جوز أبو حنيفة أيضا قسمة الرقيق صلحا اهـ (قوله أويوفى) بالبناء للمفعول بضم ففتح فتشديد (قوله لئلا الخ) قال العلامة المقدسي فلو هلك المعزول لابد من نقض القسمة ط (قوله على السواء) افاد أن أحد الورثة اذا صالح البعض دون الباقى يصح وتكون حصته له فقط كذا الوصالح الموصى له كما في الانقروى سائحانى (مسألة) في رجل مات عن زوجة وبنت وثلاثة ابناء عم عصبة وخلف تركة اقتسموها بينهم ثم ادعت الورثة على الزوجة بأن الدار التي في يدها ملك مورثهم المتوفى فأنكرت دعواهم فدفعت لهم قدرا من الدراهم صلحا عن انكار فهل يوزع بدل الصلح عليهم على قدر مواريثهم أوعلى قدر رؤسهم الجواب قال في البحر وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى سواء كان المدعى عليه مقرا أومنكرا وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه اهـ ومثله في المنح وفي مجموع النوازل سئل عن الصلح على الانكار بعد دعوى فاسدة هل يصح قال لا لان تصحيح الصلح عن الانكار من جانب المدعى أن يجعل ما أخذ عين حقه أوعوضا عنه لابد أن يكون ثابتا في حقه لم يكن تصحيح الصلح من الذخيرة فمقتضى قوله وقوع الملك فيه للمدعى وقوله أن يجعل عين حقه أو عوضا عنه أن يكون على قدر مواريثهم مجموعة منلا على (قوله من مالهم) أى وقد استووا فيه ولا يظهر عند التفاوت ط (قوله فعلى قدر ميراثهم) وسيأتى آخر كتاب الفرائض بيان قسمة التركة بينهم حينئذ (تتمة) ادعى مالا أوغيره فاشترى رجل ذلك من المدعى يجوز الشراء ويقوم مقام المدعى في الدعوى فان استحق شيأ من ذلك كان له والا فلا فان جحد المطلوب ولا بينة فله أن يرجع على المدعى بحر وتأمل في وجهه ففي البزازية من أول كتاب الهبة وبيع الدين لا يجوز ولو باعه من المديون أووهبه جاز (قوله صالحوا الخ) أقول قال في البزازية في الفصل السادس من الصلح ولو ظهر في التركة عين بعد التخارج لا رواية في انه هل يدخل تحت الصلح أم لا ولقائل أن يقول يدخل ولقائل أن يقول لا اهـ ثم قال بعد نحو ورقتين قال تاج الاسلام وبخط صدر الاسلام وجدته صالح احد الورثة وأبرأ ابراء عاما ثم ظهر في التركة شئ لم يكن وقت الصلح لا رواية في جواز الدعوى ولقائل أن يقول بجواز دعوى حصته منه وهو الاصح ولقائل أن يقول لا وفي المحيط لو أبرأ احد الورثة الباقى ثم ادعى التركة وأنكروا لا تسمع دعواه وان أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اهـ كلام البزازية ثم قال بعد أسطر صالحت أى الزوجة عن الثمن ثم ظهر دين أوعين لم يكن معلوما للورثة قيل لا يكون داخلا في الصلح ويقسم بين الورثة لانهم اذا لم يعلموا كان صلحهم عن المعلوم الظاهر عندهم لا عن المجهول فيكون كالمستثنى

من الصلح فلا يبطل الصلح وقيل يكون داخلا فى الصلح لانه وقع عن التركة والتركة اسم للكل فاذا ظهر دين فسد الصلح ويجعل كأنه كان ظاهرا عند الصلح اه والحاصل من مجموع كلامه المذكور أنه لو ظهر بعد الصلح فى التركة عين هل تدخل فى الصلح فلا تسمع الدعوى بها أم لا تدخل فتسمع الدعوى قولان وكذا لو صدر بعد الصلح ابراء عام ثم ظهر للمصالح عين هل تسمع دعواه فيه قولان أيضا والاصح السماع بناء على القول بعدم دخولها تحت الصلح فيكون هذا تصحيحا للقول بعدم الدخول وهذا اذا اعترف بقية الورثة بأن العين من التركة والا فلا تسمع دعواه بعد الابراء كما أفاده ما نقله عن المحيط وانما قيد بالعين لانه لو ظهر بعد الصلح فى التركة دين فعلى القول بعدم دخوله فى الصلح يصح الصلح ويقسم الدين بين الكل وأما على القول بالدخول فالصلح فاسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح الا أن يكون مخرجا من الصلح بأن وقع التصريح بالصلح عن غير الدين من أعيان التركة وهذا أيضا ذكره فى البزازية حيث قال ثم ما ظهر بعد التخارج على قول من قال انه لا يدخل تحت الصلح لا خفاء ومن قال يدخل تحته فكذلك ان كان عينا لا يوجب فساده وان دينا ان مخرجا من الصلح لا يفسد والا يفسد اه (قوله بل بين الكل) أى بل يكون الذى ظهر بين الكل (قوله قلت الخ) قلت وفى الثامن والعشرين من الفصولين انه الاشبه أى لو ظهر عين لا دين (قوله ولا يبطل الصلح) أى لو ظهر فى التركة عين أما لو ظهر فيها دين فقد قال فى البزازية ان كان مخرجا من الصلح لا يفسد والا يفسد اه أى ان كان الصلح وقع على غير الدين لا يفسد وان وقع على جميع التركة فسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح (قوله وفى مال طفل) أى اذا كان لطفل مال بشهود لم يجز الصلح فيه وما يدعى أى ولا يجوز فيما يدعى خصم من المال على الطفل ولا يتنور بينة له بما ادعاه ومفهومه انه يجوز الصلح حيث لا بينة للطفل وحيث كانت للخصم بينة ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله وصح على الابراء الخ) فلو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضا فى عين عبد فانجلى بطل الصلح ويرد ما أخذ لان المعوض عنه هو صفة السلامة وقد عادت فيعود العوض فيبطل الصلح ابن الشحنة شرح الوهبانية كذا فى الهامش (قوله ومن قال الخ) اى ان اصطلحا على أن يحلف المدعى عليه وان حلف برئ فحلف المدعى عليه ماله قبله قليل ولا كثير فالصلح باطل ويكون المدعى على دعواه ان أقام البينة قبلت وان لم يكن له بينة وأراد أن يستحلفه عند القاضى كان له ذلك وان اصطلحا على أن يحلف المدعى على دعواه على انه ان حلف فالمدعى عليه يكون ضامنا لما يدعيه فهذا الصلح باطل ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله ولو مدع) لو وصلية كذا فى الهامش

(كتاب المضاربة)

(قوله من جانب المضارب) قيد به لانه لو اشترط رب المال أن يعمل مع المضارب فسدت كما سيصرح به المصنف فى باب المضارب يضارب وكذا تفسد لو أخذ المال من المضارب بلا أمره وباع واشترى به الا اذا صار المال عروضا فلا تفسد لو أخذه من المضارب كما سيأتى فى فصل المتفرقات (قوله ايداع ابتداء) قال الخير الرملى سيأتى أن المضارب يملك الايداع فى المطلقة مع ما تقرر أن المودع لا يودع فالمراد فى حكم عدم الضمان بالهلاك وفى أحكام مخصوصة لا فى كل حكم فتأمل (قوله ومن حيل الخ) ولو أراد رب المال أن يضمن المضارب بالهلاك يقرض المال منه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يبضع المضارب كما فى الواقعات قهستانى وذكر هذه الحيلة الزيلعى أيضا وذكر قبلها ما ذكره الشارح وفيه نظر لانها تكون شركة عنان شرط فيها العمل على الاكثر مالا وهو لا يجوز بخلاف العكس فانه يجوز كما ذكره فى الظهيرية فى كتاب الشركة عن الاصل للامام محمد تأمل وكذا فى شركة البزازية حيث قال وان لاحدهما ألف وللآخر ألفان واشتركا واشترطا العمل على صاحب الالف والربح أنصافا جاز وكذا لو شرطا الربح والوضيعة على قدر المال والعمل من أحدهما بعينه جاز ولو شرطا العمل على صاحب الالفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا لان ذا الالف شرط لنفسه بعض ربح مال الآخر بغير عمل ولا مال والربح انما يستحق بالمال أو بالعمل أو بالضمان اه ملخصا لكن فى مسألة الشارح شرط العمل على كل منهما لا على صاحب الاكثر فقط والحاصل أن المفهوم من كلامهم أن الاصل فى الربح أن يكون على قدر المال الا اذا كان لاحدهما عمل فيصح أن يكون ربحا بمقابلة عمله وكذا لو كان

(قولان أشهرهما لا) بل بين الكل والقولان حكاهما فى الخانية مقدما لعدم الدخول وقد ذكر فى أول فتاواه انه يقدم ما هو الاشهر فكان هو المعتمد كذا فى البحر قلت وفى البزازية انه الاصح ولا يبطل الصلح وفى الوهبانية

وفى مال طفل بالشهود فلم يجز
وما يدعى خصم ولا يتنور
وصح على الابراء من كل غائب
ولو زال عيب عنه صالح يهدر
ومن قال ان تحلف فتبرأ لم يجز
ولو مدع كالاجنبى يصور

(كتاب المضاربة)

(هى) لغة مفاعلة من الضرب فى الارض وهو السير فيها وشرعا (عقد شركة فى الربح بمال من جانب) رب المال (وعمل من جانب) المضارب (وركنها الايجاب والقبول وحكمها) أنواع لانها (ايداع ابتداء) ومن حيل الضمان أن يقرضه المال الا درهما ثم يعقد شركة عنان بالدرهم وبما أقرضه على أن يعملا والربح بينهما ثم يعمل المستقرض فقط فان هلك فالقرض عليه

العمل منهما يصح التفاوت أيضا تأمل (قوله وتوكيل مع العمل) فيرجع بما لحقه من العهدة على رب المال درر (قوله بالمخالفة) فالربح للمضارب لكنه غير طيب عند الطرفين در منتقى (قوله مطلقا) هو ظاهر الرواية قهستانى (قوله ربح أولا) وعن أبي يوسف اذا لم يربح لا أجر له وهو الصحيح لئلا تربو الفاسدة على الصحيحة سائحانى ومثله فى حاشية ط عن العينى (قوله على المشروط) قال فى الملتقى ولا يزاد على ما شرط له كذا فى الهامش أى فيما اذا ربح والا فلا تتحقق الزيادة فلم يكن الفساد بسبب تسمية دراهم معينة للعامل تأمل (قوله خلافا لمحمد) فيه اشعار بأن الخلاف فيما اذا ربح وأما اذا لم يربح فأجر المثل بالغا ما بلغ لانه لا يمكن تقدير بنصف الربح المعدوم كما فى الفصولين لكن فى الواقعات ما قاله أبو يوسف مخصوص بما اذا ربح وما قاله محمد ان له أجر المثل بالغا ما بلغ فيما هو أعم قهستانى (قوله والثلاثة) فعنده له أجر مثل عمله بالغا ما بلغ اذا ربح در منتقى كذا فى الهامش (سئل) فيما اذا دفع زيد لعمرو بضاعة على سبيل المضاربة وقال لعمرو بعها ومهما ربحت يكون بيننا مثالثة فباعها وخسر فيها فالمضاربة غير صحيحة ولعمرو أجر مثله بلا زيادة على المشروط حامدية رجل دفع لآخر أمتعة وقال بعها واشترها وما ربحت فبيننا نصفين فخسر فلا خسران على العامل واذا طالبه صاحب الامتعة بذلك فتصالحا على أن يعطيه العامل اياه لا يلزمه ولو كفله انسان ببدل الصلح لا يصح ولو عمل هذا العامل فى هذا المال فهو بينهما على الشرط لان ابتداء هذا ليس بمضاربة بل هو توكيل ببيع الامتعة ثم اذا صار الثمن من النقود فهو دفع مضاربة بعد ذلك فلم يضمن أولا لانه أمين بحق الوكالة ثم صار مضاربا فاستحق المشروط جواهر الفتاوى (قوله وصى الخ) ظاهره أن للوصى أن يضارب فى مال اليتيم بجزء من الربح وكلام الزيلعى فيه أظهر وأفاد الزيلعى أيضا أن للوصى دفع المال الى من يعمل فيه مضاربة بطريق النيابة عن اليتيم كما يأتيه أبو السعود (قوله اذا عمل) لان حاصل هذا أن الوصى يؤجر نفسه لليتيم وانه لا يجوز (قوله لقلة ضرره) أى ضرر القرض بالنسبة الى الهبة فجعل قرضا ولم يجعل هبة ذكره الزيلعى (قوله من الاثمان) أى الدراهم والدنانير فلو من العروض فباعها فصارت نقودا انقلبت مضاربة واستحق المشروط كما فى الجواهر (قوله وهو معلوم للعاقدين) ولو متاعا لما فى التاترخانية واذا دفع ألف درهم الى رجل وقال نصفها معك مضاربة بالنصف صح وهذه المسألة نص على أن قرض المشاع جائز ولا يوجد لهذا رواية الا ههنا واذا جاز هذا العقد كان لكل نصف حكم نفسه وان قال على أن نصفها قرض وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح كله لى جاز ويكره لانه قرض جر منفعة وان قال على أن نصفها قرض عليك ونصفها مضاربة بالنصف فهو جائز ولم يذكر الكراهة هنا فمن المشايخ من قال سكوت محمد عنها هنا دليل على انها تنزيهية وفى الخانية قال على أن تعمل بالنصف الآخر على أن الربح لى جاز ولا يكره فان ربح كان بينهما على السواء والوضيعة عليهما لان النصف ملكه بالقرض والآخر بضاعة فى يده وفى التجريد يكره ذلك وفى المحيط ولو قال على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة لك وقبضها غير مقسومة فالهبة فاسدة والمضاربة جائزة فان هلك المال قبل العمل أو بعده ضمن النصف حصة الهبة فقط وهذه المسألة نص على أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له اه ملخصا وتمامه فيه فليحفظ فانه مهم وهذه الاخيرة ستأتى قبيل كتاب الايداع قريبا (قوله وكفت فيه) أى فى الاعلام منح (قوله لم يجز) وما اشتراه له والدين فى ذمته بحر (قوله وان على ثالث) بأن قال اقبض مالى على فلان ثم اعمل به مضاربة ولو عمل قبل أن يقبض الكل ضمن ولو قال فاعمل به لا يضمن وكذا بالواو لان ثم للترتيب فلا يكون مأذونا بالعمل الا بعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو ولو قال اقبض دينى لتعمل به مضاربة لا يصير مأذونا ما لم يقبض الكل بحر قال فى الهامش قال فى الدرر فلو قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز بخلاف ما لو كان له دين على ثالث فقال اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة حتى لا يبقى لرب المال فيه يد اه (قوله وكره) لانه اشترط لنفسه منفعة قبل العقد منح (قوله اشترى عبدا) هذا يفهم انه لو دفع عرضا وقال له بعه واعمل بثمنه مضاربة انه يجوز بالاولى وقد أوضحه الشارح وهذه حيلة لجواز المضاربة فى العروض وحيلة أخرى ذكرها الخصاف أن يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه الى المضارب مضاربة ثم يشترى هذا المضارب هذا المتاع من الرجل الذى ابتاعه من صاحبه ط (قوله عينا) أى معينا وليس المراد بالعين العرض ط

(وتوكيل مع العمل) لتصرفه بأمره (وشركة ان ربح وغصب ان خالف وان أجاز) رب المال (بعده) لصيرورته غاصبا بالمخالفة (واجارة فاسدة ان فسدت فلا ربح) للمضارب (حينئذ بل له أجر) مثل (عمله مطلقا) ربح اولا (بلا زيادة على المشروط) خلافا لمحمد والثلاثة (الا فى وصى أخذ مال يتيم مضاربة فاسدة) كشرطه لنفسه عشرة دراهم (فلا شئ له) فى مال اليتيم (اذا عمل) اشباه فهو استثناء من أجر عمله (و) الفاسدة (لا ضمان فيها) أيضا (كصحيحة) لانه أمين (ودفع المال الى آخر مع شرط الربح) كله (للمالك بضاعة) فيكون وكيلا متبرعا (ومع شرطه للعامل قرض) لقلة ضرره (وشرطها) أمور سبعة (كون رأس المال من الاثمان) كما مر فى الشركة (وهو معلوم للعاقدين) (وكفت فيه الاشارة) والقول فى قدره وصفته للمضارب بيمينه والبينة للمالك وأما المضاربة بدين فان على المضارب لم يجز وان على ثالث جاز وكره ولو قال اشترلى عبدا نسيئة ثم بعه وضارب بثمنه ففعل جاز كقوله لغاصب أو مستودع أو مستبضع اعمل بما فى يدك مضاربة بالنصف جاز مجتبى (وكون رأس المال عينا

(قوله

(قوله لادينا) مكرر مع ما تقدم (قوله مسلما) فلو شرط رب المال أن يعمل مع المضارب لا تجوز المضاربة سواء كان المالك عاقلا أو لا كالاب والوصي اذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لا تصح المضاربة وفي السفناقي وشرط عمل الصغير لا يجوز وكذا أحد المتفاوضين وشريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه نفذ العقد تاترخانية وسيأتي في الباب الآتي متنا بعض هذا (قوله كل شرط الخ) قال الاكمل شرط العمل على رب المال لا يفسدها وليس بواحد مما ذكروا والجواب أن الكلام في شروط فاسدة بعد كون العقد مضاربة وما أورد لم يكن العقد فيه عقد مضاربة فان قلت فما معنى قوله لا يفسدها اذ النفي يقتضي الثبوت قلت سلب الشيء عن المعدوم صحيح كزيد المعدوم ليس ببصير وسيأتي في المتن انه مفسد قال الشارح لانه يمنع التخلية فيمنع الصحة فالاولى الجواب بالمنع فيقال لا نسلم انه غير مفسد سائحاني (قوله في الربح) كما اذا شرط له نصف الربح أو ثلثه بأو الترديدية س (قوله فيه) كما لو شرط لاحدهما دراهم مسماة س (قوله بطل الشرط) كشرط الخسران على المضارب س (قوله وما في الاشباه) من قوله القول قول مدعي الصحة الا اذا قال رب المال شرطت لك الثلث وزيادة عشرة وقال المضارب الثلث فالقول للمضارب كما في الذخيرة اه (قوله فيه اشتباه) أي اشتبه عليه مسألة بأخرى وهي المذكورة هنا لان التي ذكرها داخلة تحت الاصل المذكور لان من له القول فيها مدع للصحة فلا يصح استثناؤها بخلاف التي هنا (قوله أو نوع) أي أو شخص كما سيذكره (قوله ولو فاسدا) يعني لا يكون به مخالفا فلا يكون المال خارجا عن كونه في يده أمانة وان كانت مباشرته العقد الفاسد غير جائزة وخرج الباطل كما في الاشباه (قوله بنقد ونسيئة) ولو اختلفا فيهما فالقول للمضارب في المضاربة وللموكل في الوكالة كما مر متنا في الوكالة (قوله والشراء) الاطلاق مشعر بجواز تجارته مع كل أحد لكن في النظم انه لا يتجر مع امرأته وولده الكبير العاقل ووالديه عنده خلافا لهما ولا يشتري من عبده المأذون وقيل من مكاتبه بالاتفاق قهستاني (فروع مهمة) له أن يرهن ويرتهن لها ولو أخذ نخلا أو شجرا معاملة على أن ينفق في تلقيحها وتأبيرها من المال لم يجز عليها وان قال له اعمل برأيك فان رهن شيأ من المضاربة ضمنه ولو أخر الثمن جاز على رب المال ولا يضمن بخلاف الوكيل الخاص ولو حط بعض الثمن ان العيب طعن فيه المشتري وما حط حصته أو أكثر يسيرا جاز وان كان لا يتغابن الناس في الزيادة يصح ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان رأس المال ما بقي على المشتري ويحرم عليه وطء الجارية ولو باذن رب المال ولو تزوجها بتزويج رب المال جاز ان لم يكن في المال ربح وخرجت الجارية عن المضاربة وان كان فيه ربح لا يجوز وليس له أن يعمل بما فيه ضرر ولا ما لا يعمله التجار وليس لاحد المضاربين أن يبيع أو يشتري بغير اذن صاحبه ولو اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله يكون مخالفا وان قيل له اعمل برأيك ولو باع بهذه الصفة جاز خلافا لهما كالوكيل بالبيع المطلق واذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي ولو كان المال دراهم فاشترى بغير الاثمان كان لنفسه وبالدنانير للمضاربة لانهما جنس هنا الكل من البحر (قوله ولا تفسد) لان حق التصرف للمضارب (قوله والاستئجار) أي استئجار العمال للاعمال والمنازل لحفظ الاموال والسفن والدواب (قوله والخلط بمال نفسه) أي أو غيره كما في البحر الا أن تكون معاملة التجار في تلك البلاد أن المضاربين يخلطون ولا ينهونهم فان غلب التعارف بينهم في مثله وجب أن لا يضمن كما في التاترخانية وفيها قبله والاصل أن التصرفات في المضاربة ثلاثة أقسام قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكه من غير أن يقول له اعمل ما بدا لك كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن والارتهان والاستئجار والايداع والابضاع والمسافرة وقسم لا يملك بمطلق العقد بل اذا قيل اعمل برأيك كدفع المال الى غيره مضاربة أو شركة أو خلط مالها بماله أو بمال غيره وقسم لا يملك بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا أن ينص عليه وهو ما ليس بمضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها كالاستدانة عليها اه ملخصا (قوله بمال نفسه) وكذا بمال غيره كما في البحر وهذا اذا لم يغلب التعارف بين التجار في مثله كما في التاترخانية وفيها من الثامن عشر دفع الى رجل ألفا بالنصف ثم ألفا أخرى كذلك فخلط المضارب المالين فهو على ثلاثة أوجه اما أن يقول المالك في كل من المضاربتين اعمل برأيك أو لم يقل فيهما أو قال في احداهما فقط وعلى كل فاما أن يكون قبل الربح في المالين أو بعده فيهما أو في أحدهما ففي الوجه الاول لا يضمن مطلقا وفي الثاني ان خلط قبل الربح فيهما فلا ضمان أيضا وان بعده

لادينا) كما بسطه في الدرر (وكونه مسلما الى المضارب) ليمكنه التصرف (بخلاف الشركة) لان العمل فيها من الجانبين (وكون الربح بينهما شائعا) فلو عين قدرا فسدت (وكون نصيب كل منهما معلوما) عند العقد ومن شروطها كون نصيب المضارب من الربح حتى لو شرط له من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت وفي الجلالية كل شرط يوجب جهالة في الربح أو يقطع الشركة فيه يفسدها والا بطل الشرط وصح العقد اعتبارا بالوكالة (ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب) الاصل أن القول لمدعي الصحة في العقود الا اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح الا عشرة وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال ولو فيه فسادها لانه ينكر زيادة يدعيها المضارب خانية وما في الاشباه فيه اشتباه فافهم (ويملك المضارب في المطلقة) التي لم تتقيد بمكان أو زمان أو نوع (البيع) ولو فاسدا (بنقد ونسيئة متعارفة والشراء والتوكيل بهما والسفر برا وبحرا) ولو دفع له المال في بلده على الظاهر (والابضاع) أي دفع المال بضاعة (ولو لرب المال ولا تفسد به) المضاربة كما يجيء (و) يملك (الايداع والرهن والارتهان والاجارة والاستئجار) فلو استأجر أرضا بيضاء ليزرعها أو يغرسها جاز ظهيرية (والاحتيال) أي قبول الحوالة (بالثمن مطلقا) على الايسر والاعسر لان كل ذلك من صنيع التجار (لا) يملك (المضاربة) والشركة والخلط بمال نفسه (الا باذن أو اعمل برأيك)

اذ الشئ لا يتضمن مثله (و) لا (الاقراض والاستدانة وان قيل له ذلك) أى اعمل برأيك لانهما ليسا من صنيع التجار فلم يدخلا في التعميم (مالم ينص) المالك (عليهما) فيملكهما وان استدان كانت شركة وجوه وحينئذ (فلو اشترى بمال المضاربة ثوبا وقصر بالماء أوحمل) متاع المضاربة (بماله و) قد (قيل له ذلك فهو متطوع) لانه لا يملك الاستدانة بهذه المقالة وانما قال بالماء لانه لو قصر بالنشا فحكمه كصبغ (وان صبغه احمر فشريك بما زاد) الصبغ ودخل في اعمل برأيك كالخلط (و) كان (له حصة) قيمة (صبغه ان بيع وحصة الثوب) أبيض (في مالها) ولو لم يقل اعمل برأيك لم يكن شريكا بل غاصبا وانما قال احمر لما مر أن السواد نقص عند الامام فلا يدخل في اعمل برأيك بحر (ولا) يملك أيضا (تجاوز بلد أو سلعة أو وقت أو شخص عينه المالك) لان المضاربة تقبل التقييد المفيد ولو بعد العقد مالم يصر المال عرضا لانه حينئذ لا يملك عزله فلا يملك تخصيصه كما سيجيء. قيدنا بالمفيد لان غير المفيد لا يعتبر أصلا كنهيه عن بيع الحال وأما المفيد في الجملة كسوق من مصر فان صرح بالنهي صح والالا (فان فعل ضمن) بالمخالفة (وكان ذلك الشراء له) ولو لم يتصرف فيه حتى عاد للوفاق عادت المضاربة وكذا لو عاد في البعض اعتبارا للجزء بالكل

فيهما ضمن المالين وحصة رب المال من الربح قبل الخلط وان بعد الربح في أحدهما فقط ضمن الذي لا ربح فيه وفي الثالث اما أن يكون قوله اعمل برأيك في الاولى أو يكون في الثانية وكل على أربعة أوجه اما أن يخلطهما قبل الربح فيهما أو بعده في الاولى فقط أو بعده في الثانية فقط أو بعده فيهما قبل الربح فيهما أو بعده في الثانية فان قال في الاولى لا يضمن الاول ولا الثاني فيما لو خلط قبل الربح فيهما اهـ (قوله اذ الشئ) علة لكونه لا يملك المضاربة ويلزم منها نفي الاخيرين لان الشركة والخلط أعلى من المضاربة لانهما شركة في أصل المال (قوله لا يتضمن مثله) لا يرد على هذا المستعير والمكاتب فان له الاعارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا النيابة اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه كما في الكفاية (قوله ولا الاقراض) ولا أن يأخذ سفتجة بحر أى لانه استدانة وكذلك لا يعطى سفتجة لانه قرض ط عن الشلبي (قوله والاستدانة) كما اذا اشترى سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة شئ من جنس ذلك الثمن فلو كان عنده من جنسه كان شراء على المضاربة ولم يكن من الاستدانة في شئ كما في شرح الطحاوي قهستاني والظاهر أن ما عنده اذا لم يوف فما زاد عليه استدانة وقدمنا عن البحر اذا اشترى باكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي وفي البدائع كما لا تجوز الاستدانة على مال المضاربة لا تجوز على اصلاحه فلو اشترى بجميع مالها ثيابا ثم استأجر على حملها اوقصرها اوفتلها كان متطوعا عاقدا لنفسه ط عن الشلبي وهذا ما ذكره المصنف بقوله فلو شرى بمال المضاربة ثوبا الخ فأشار بالتفريع الى الحكمي (قوله وان استدان) اى بالاذن وما اشترى بينهما نصفان وكذا الدين عليهما ولا يتغير موجب المضاربة فربح مالهما على ما شرط قهستاني وقال السائحاني أقول شركة الوجوه هي أن يتفقا على الشراء نسيئة والمشترى عليهما أثلاثا اوأنصافا قال والربح يتبع هذا الشرط ولو جعلاه مخالفا ولم يوجد ما ذكر فيظهر لي أن يكون المشترى بالدين للآمر لو المشترى معينا او مجهولا جهالة نوع وسمى ثمنه أو جهالة جنس وقد قيل له اشتر ما تختاره والا فللمشترى كما تقدم في الوكالة لكن ظاهر المتون أنه لرب المال وربحه على حسب الشرط ويغتفر في الضمني ما لا يغتفر في الصريح اهـ (قوله بماله) متعلق بكل من قصر وحمل (قوله ذلك) اى اعمل برأيك (قوله بهذه المقالة) وهي اعمل برأيك قلت والمراد بالاستدانة نحو ما قدمناه عن القهستاني فهذا يملكه اذا نص أما لو استدان نقودا فالظاهر أنه لا يصح لانه توكيل بالاستقراض وهو باطل كما مر في الوكالة وفي الخانية من فصل شركة العنان ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لا على صاحبه لان التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض وهو باطل لانه توكيل بالتكدي الا أن يقول الوكيل للمقرض ان فلانا يستقرض منك كذا فحينئذ يكون على الموكل لا الوكيل اهـ اى لانه رسالة لا وكالة والظاهر أن المضاربة كذلك كما قلنا (قوله ولو بعد العقد) بأن كان رأس المال بحاله (فرع) قال في الهامش لو نهى رب المال المضارب بعد أن صار المال عرضا عن البيع بالنسيئة قبل أن تباع ويصير المال ناضا لا يصح نهيه وأما قبل العمل او بعد العمل وصار المال ناضا يصح نهيه لانه يملك عزله في هذه الحالة دون الحالة الاولى منح اهـ (قوله عن بيع الحال) يعني ثم باعه بالحال بسعر ما يباع بالمؤجل كما في العيني سائحاني (قوله بالنهي) مثل لا تبع في سوق كذا (قوله الشراء له) وله ربحه وعليه خسرانه ولكن يتصدق بالربح عندهما وعند ابي يوسف يطيب له أصله المودع اذا تصرف فيها وربح اتقاني (قوله ولو لم يتصرف) أشار الى أن أصل الضمان واجب بنفس المخالفة لكنه غير قار الا بالشراء فانه على عرضة الزوال بالوفاق وفي رواية الجامع أنه لا يضمن الا اذا اشترى والاول هو الصحيح كما في الهداية قهستاني قلت والظاهر أن ثمرته فيما لو هلك بعد الاخراج قبل الشراء يضمن على الاول لا على الثاني (قوله حتى عاد الخ) يظهر في مخالفته في المكان تأمل (قوله وكذا الخ) قال الاتقاني فان اشترى ببعضه في غير الكوفة ثم بما بقي في الكوفة فهو مخالف في الاول وما اشتراه بالكوفة فهو على المضاربة لان دليل الخلاف وجد في بعضه دون بعضه (قوله عاد في البعض) اى تعود

(ولا) يملك (تزويج قن من مالها ولا شراء من يعتق عـلى رب المال بقرابة او يمـين بخـلاف الوكيل بالشراء) فانه يملك ذلك (عنـد عدم القرينة) المقيدة للوكالة كاشترلى عبدا أبيعه اواستخدمه اوجارية اطأها (ولا من يعتق عليه) أى المضارب (ان كان فى المـال ربح) هو هنا أن تكون قيمة هـذا العبد أكثر من كل رأس المـال كما بسطه العينى فليحفظ (فان فعـل) شراء من يعتق عـلى واحـد منهما (وقع الشراء لنفسه وان لم يكن) ربح كما ذكرنا (صح) للمضاربة (فان ظهر) الربح (بزيادة قيمتـه بعـد الشراء عتق حظه ولم يضمن نصـيب المـالك) بعتقه لا بصنعه (وسـعى) العبد (المعتق فى قيمة نصيب رب المـال ولو اشـترى الشريك من يعتق على شريكه اوالاب او الوصىّ من يعتق على الصغير نفذ على العاقد) اذ لا نظر فيـه للصغير (والمأذون اذا اشـترى من يعتق على المولى صح وعتق عليه ان لم يكن مستغرقا بالدين والالا) خلافا لهما زيلعى (مضارب معه ألف بالنصف اشـترى به أمة فولدت) ولدا (مسـاويا له) أى للالف (فادّعاه موسرا فصارت قيمتـه) أى الولد وحده كما ذكرنا (ألفا ونصفه) أى خمسمائة نفـذت دعوته لوجود الملك بظهور الربح المذكور فعتق (سعى لرب المال فى الالف وربعه) ان شاء المالك (او أعتقه) ان شاء (ولرب المـال بعد قبضه ألفه) من الولد (تضمين المدّعى) ولو معسرا لانه ضمان تملك (نصف قيمتها) أى الامة لظهـور نفوذ دعوته فيها ويحمل على انه تزوّجها ثم اشتراها حبـلى منـه ولو صارت قيمتها ألفا ونصفه صارت أمّ ولد وضمن للمالك ألفا وربعـه لو موسرا فلو معسرا فلا سعاية عليها لانّ أمّ الولد لا تسـعى وتمـامه فى البحر والله أعلم

* (باب المضارب يضارب) *

لمـا قدّم المفردة شرع فى المركبة فقال (ضارب المضارب) آخر (بلا اذن) المـالك (لم يضمن بالدفع مالم يعمل الثـانى ربح) الثانى (اولا) على الظاهر لانّ الدفع ايداع وهو يملكه فاذا عمل تبين انه مضاربة فيضمن الا اذا كانت الثانية فاسدة فلا ضمان وان ربح بل للثـانى أجر مثله على المضارب الاوّل وللاوّل الربح المشروط (فان ضاع) المـال (من يده) أى يد الثانى (قبل العمل) الموجب للضمان (فلا ضمان) على احد (وكذا) لا ضمـان (لو غصب المـال من الثـانى و) انمـا (الضمان عـلى الغاصب فقط ولو اسـتهلكه الثـانى او وهبه فالضمان عليـه خاصة فان عمل) حتى ضمنه (خير رب المـال ان شاء ضمن) المضارب

المضاربة لكن فى ذلك البعض خاصة قال الاتقانى ماتقدم (قوله او يمين) بأن قال ان ملكته فهو حرّ فانه يملك ذلك والفرق أن الوكالة بالشراء مطلقة وفى المضاربة مقيدة بمـا يظهر الربح فيه بالبيع فاذا اشترى مالا يقدر على بيعه خالف (قوله كما بسطه العينى) عبارته اذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من يعتق عليـه وقيمته ألف او أقلّ لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة اولاد أو اكثر وقيمة كل واحد ألفا او أقلّ فاشتراهم لا يعتق منهم شئ لان كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيأ حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمه الى آخر عينى كذا فى الهامش (قوله ربح) أى فى الصورة الثانية (قوله للصغير) علة قاصرة والعلة فى الشريك هى المذكورة فى المضارب من قصد الاسترباح ط (قوله بالنصف) متعلق بمضارب كذا فى الهامش (قوله امة) فوطئها ملتقى كذا فى الهامش (قوله موسرا) لانه ضمان عتق وليس بقيد لازم بل ليفهم أنه لا يضمن لو معسرا بالاولى كما نبه عليه مسكين (قوله كما ذكرنا) أى فى قوله مساويا له فالكاف بمعنى مثل خبر صار وألفا بدل منه او ألفا هو الخبر والجارّ والمجرور قبله حال منه (قوله سعى) الاولى وسعى عطفا على نفذت (قوله المدّعى) وهو المضارب (قوله تملك) بخلاف ضمان الولد لانه ضمان عتق وهو يعتمد التعدّى ولم يوجد (قوله لظهور) أى لوقوع دعوته صحيحة ظاهرا (قوله حبلى منه) تنازع فيه كل من تزوّجها واشتراها اى حملا لامره على الصلاح لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك وهو شرط فيها اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة اذا صار أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد عـلى رأس المـال لا يظهر الربح عنده لانّ بعضها ليس بأولى به من البعض فحينئذ لم يكن للمضارب نصـيب فى الامة ولا فى الولد وانمـا الثـابت له مجرّد حق التصرّف فلا تنفذ دعوته فاذا زادت قيمتـه وصارت ألفا وخمسمائة ظهر الربح وملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة لوجود شرطها وهو الملك فصار ابنه وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن حصة رب المال من الولد لانّ العتق ثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا فيضاف العتق اليه ولا صنع له فى الملك فلا ضمان لعدم التعدّى فاذا اختار الاستسعاء استسعاه فى ألف رأس ماله وفى ربعه نصيبه من الربح فاذا قبض الالف صـار مسـتوفيا لرأس ماله وظهر أن الامّ كلها ربح بينهـما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصار كلها امّ ولد له لان الاستيلاد اذا صـادف محلا يحتمل النقل لا يتجزأ اجماعا ويجب نصف قيمتها لرب المال فان قيل لم يجعل المقبوض من الولد من الربح قلنا لانه من جنس رأس ماله وهو مقدّم على الربح فكان اولى بجعله منه زيلعى ملخصا (قوله وضمن للمالك) لانها لما زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها فيجب عليـه لرب المال رأس ماله ونصيبه من الربح فاذا وصل اليه ألف استوفى رأس ماله وصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه ومالم يصل اليه الالف فالولد رقيق على حاله على نحو ما ذكرنا فى الام

* (باب المضارب يضارب) *

(قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية عن الامام وهو قولهما منح (قوله فاسدة) قال فى البحر وان كانت احداهما فاسدة اوكلاهما فلا ضمـان على واحد منهما وللعامل أجر المثل على المضارب الاوّل ويرجع به الاوّل على رب المـال والوضيعة على رب المال والربح بين الاوّل ورب المال على الشرط بعد أخذ الثانى اجرته اذا كانت المضاربة الاولى صحيحة والا فللاوّل أجر مثله اهـ (قوله خاصة) والاشهر الخيار فيضمن أيهما شاء كما فى الاختيار سائحانى (قوله خير رب المـال) فان ضمن الاوّل صحت المضاربة بينه وبين الثـانى وكان الربح

(الاول رأس ماله وان شاء ضمن الثاني) وان اختار أخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك بحر (فان أذن) المالك (بالدفع ودفع بالثلث وقد قيل) للاول (ما رزق الله فبيننا نصفان فللمالك النصف) عملا بشرطه (وللاول السدس الباقي وللثاني الثلث) المشروط (ولو قيل ما رزقك الله بكاف الخطاب) والمسألة بحالها (فللثاني ثلثه والباقي بين الاول والمالك نصفان) باعتبار الخطاب فيكون لكل ثلث (ومثله ما ربحت من شيء او ما كان لك فيه من ربح) ونحو ذلك وكذا لو شرط للثاني اكثر من الثلث او اقل فالباقي بين المالك والاول (ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي) لانه لم يربح سواه (ولو قيل ما رزق الله فلي نصفه او ما كان من فضل الله فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني كذلك ولا شيء للاول) بجعله ماله للثاني (ولو شرط) الاول (للثاني ثلثيه) والمسألة بحالها (ضمن الاول للثاني سدسا) بالتسمية لانه التزم سلامة الثلثين (وان شرط) المضارب (للمالك ثلثه و) شرط (لعبد المالك ثلثه) وقوله (على أن يعمل معه) عادي وليس بقيد (و) شرط (لنفسه ثلثه صح) وصار كانه اشترط للمولى ثلثي الربح كذا في عامة الكتب وفي نسخ المتن والشرح هنا خلط فاجتنبه (ولو عقدها المأذون مع اجنبي وشرط المأذون عمل مولاه لم يصح ان لم يكن) المأذون (عليه دين) لانه كاشتراط العمل على المالك (والاصح) لانه حينئذ لا يملك كسبه (واشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد) للعقد لانه يمنع التخلية فيمنع الصحة (وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه او عمل رب المال مع) المضارب (الثاني) بخلاف مكاتب شرط عمل مولاه كالو ضارب مولاه (ولو شرط بعض الربح للمساكين او للحج او في الرقاب) او لامرأة المضارب او مكاتبه صح العقد و(لم يصح) الشرط (ويكون) المشروط (لرب المال ولو شرط البعض لمن شاء المضارب فان شاء لنفسه او لرب المال صح) الشرط (والا) بان شاء لاجنبي (لا) يصح ومتى شرط البعض لاجنبي ان شرط عليه عمله صح والا لا قلت لكن في القهستاني أنه يصح مطلقا

على ما شرطا وان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الاول وصحت بينهما وكان الربح بينهما وطاب للثاني ما ربح دون الاول بحر وفيه ولو دفع الثاني مضاربة الى ثالث وربح الثالث او وضع فان قال الاول للثاني اعمل فيه برأيك فلرب المال أن يضمن اي الثلاثة شاء ويرجع الثالث على الثاني والثاني على الاول والاول لا يرجع على أحد اذا ضمنه رب المال والا لا ضمان على الاول وضمن الثاني والثالث كذا في المحيط (قوله ضمن الثاني) فيه اشعار بأنه اذا ضمن يرجع على الاول ويطيب الربح له دون الاول لانه ملك مستندا قهستاني سائحاني (قوله ليس له الخ) لان المال بالعمل صار غصبا وليس للمالك الا تضمين البدل عند ذهاب العين المغصوبة وليس له أن يأخذ الربح من الغاصب كذا ظهر لي ط (قوله فان أذن) مفهوم قوله بلا اذن (قوله عملا بشرطه) لانه شرط نصف جميع الربح له (قوله الباقي) الاولى اسقاطه حلبي والباقي هو الفاضل عما اشترطه للثاني لان ما اوجبه الاول لم ينصرف الى نصيبه خاصة اذ ليس له أن يوجب شيأ لغيره من نصيب المالك وحيث أوجب للثاني الثلث من نصيبه وهو النصف يبقى له السدس قال في البحر وطاب الربح للجميع لان عمل الثاني عمل عن المضارب كالاجير المشترك اذا استأجر آخر بأقل مما استؤجر (قوله لعبد المالك) قيد بعبد رب المال لان عبد المضارب لو شرط له شيء من الربح ولم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرط لرب المال اذا كان على العبد دين والا لا يصح سواء شرط عمله أولا ويكون للمضارب بحر وقد يكون العاقد المولى لانه لو عقد المأذون فسيأتي وشمل قوله لعبد ما لو شرط للمكاتب بعض الربح فانه يصح وكذا لو كان مكاتب المضارب لكن بشرط أن يشترط عمله فيهما وكان المشروط للمكاتب له لا لمولاه وان لم يشترط عمله لا يجوز وعلى هذا غيره من الاجانب فتصح المضاربة وتكون لرب المال ويبطل الشرط بحر وسيأتي الكلام فيه والمرأة والولد كالاجانب هنا كذا في النهاية بحر وقيد باشتراط عمل العبد احترازا عن عمل رب المال مع المضارب فانه مفسد كما سيأتي (قوله للمولى) لكن المولى لا يأخذ ثلث العبد مطلقا لما في التبيين ثم ان لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد أولا وان كان عليه دين فهو كغرمائه ان شرط عمله لانه صار مضاربا في مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه وان لم يشترط عمله فهو أجنبي عن العقد فكان كالمسكوت عنه فيكون للمولى لانه نماء ملكه اذ لا يشترط بيان نصيبه بل نصيب المضارب لكونه كالاجير اه ملخصا (قوله وفي نسخ المتن الخ) أما المتن فقد رأيت في نسخة منه ولو شرط للثاني ثلثيه ولعبد المالك ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح اه وهو فاسد كما ترى وأما الشرح فنصه وقوله على أن يعمل معه عادي وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون لسيده وان لم يشترط عمله لا يجوز ح كذا في الهامش (قوله واشتراط) هذه المسألة كالتعليل لما قبلها فكان الاولى تقديمها وتفريع الاولى عليها (قوله بخلاف مكاتب) أي اذا دفع مال مضاربة لآخر (قوله مولاه) أي فانه لا يفسد مطلقا فان عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت بحر (قوله أو في الرقاب) أي فكها وفساد الشرط في الثلاث لعدم اشتراط العمل كما سيظهر (قوله ولم يصح الشرط) وما في السراجية من الجواز محمول على جواز العقد لا الشرط منح فلا يحتاج الى ما قيل ان المسألة خلافية لكن عدم صحة الشرط في هذين اذا لم يشترط عملهما كما سيشير اليه بقوله ومتى شرط لاجنبي الخ ومر عن النهاية أن المرأة والولد كالاجنبي هنا وفي التبيين ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال أو المضارب ان شرط عمله جاز وكان المشروط له لانه صار مضاربا والا فلا لان هذا ليس بمضاربة وانما المشروط هبة موعودة فلا يلزم وعلى هذا غيره من الاجانب ان شرط له بعض الربح وشرط عمله عليه صح والا فلا اه (قوله لا يصح) لانه لم يشترط عمله (قوله صح) أي الاشتراط كالعقد (قوله لكن في القهستاني) لا محل للاستدراك لان قوله يصح مطلقا أي عقد المضاربة

والمشروط للاجنبي ان شرط عمله والا فلمالك أيضا وعزاه للذخيرة خلافا للبرجندي وغيره فتنبه ولو شرط البعض لقضاء دين المضارب اودين المالك جاز ويكون للمشروط له قضاء دينه ولا يلزم بدفعه لغرمائه بحر (وتبطل) المضاربة (بموت أحدهما) لكونها وكالة وكذا بقتله وحجر يطرأ على أحدهما وبجنون أحدهما مطبقا قهستاني وفي البزازية مات المضارب والمال عروض باعها وصيه ولو مات رب المال والمال نقد تبطل في حق التصرف ولو عرضا تبطل في حق المسافرة لا التصرف فله بيعه بعرض ونقد (و) بالحكم (بلحوق المالك مرتدا فان عاد بعد لحوقه مسلما فالمضاربة على حالها) حكم بلحاقه ام لا عناية (بخلاف الوكيل) لانه لا حق له ٤٨٩ بخلاف المضارب (ولو ارتد المضارب فهي على حالها فان مات اوقتل اولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت) وما تصرف نافذ وعهدته على المالك عند الامام بحر (ولو ارتد المالك فقط) اى ولم يلحق (فتصرفه) اى المضارب (موقوف) وردة المرأة غير مؤثرة (وينعزل بعزله) لانه وكيل (ان علم به) بخبر رجلين مطلقا او فضولي عدل اورسول مميز (والا) يعلم (لا) ينعزل (فان علم) بالعزل ولو حكما كموت المالك ولو حكما (والمال عروض) هو هنا ما كان خلاف جنس رأس المال فالدراهم والدنانير هنا جنسان (باعها) ولو نسيئة وان نهاه عنها (ثم لا يتصرف في ثمنها) ولا في نقد من جنس رأس ماله ويبدل خلافه به استحسانا لوجوب رد جنسه وليظهر الربح (ولا يملك المالك فسخها في هذه الحالة) بل ولا تخصيص الاذن لانه عزل من وجه نهاية (بخلاف احد الشريكين اذا فسخ الشركة ومالها امتعة) صح (افترقا وفي المال ديون وربح يجبر المضارب على اقتضاء الديون) اذ حينئذ يعمل بالاجرة (والا) ربح (لا) جبر لانه حينئذ متبرع (و) يؤمر بان (يوكل المالك عليه) لانه غير العاقد (و) حينئذ فـ(الوكيل بالبيع والمستبضع كالمضارب) يؤمران بالتوكيل

صحيح سواء شرط عمل الاجنبي أولا غير أنه ان شرط عمله فالمشروط له والا فرب المال لانه بمنزلة المسكوت عنه ولو كان المراد أن الاشتراط صحيح مطلقا نافى قوله والا أى وان لم يشترط عمله فللمالك (قوله ويكون) أى البعض (قوله قضاء) نائب فاعل المشروط (قوله بحر) عبارته ولا يجبر على دفعه لغرمائه اه كذا في الهامش (قوله المسافرة) أى الى غير بلد رب المال ط عن البزازية (قوله فان عاد الخ) ينبغي أن يكون هذا اذا لم يحكم بلحاقه أما اذا حكم بلحاقه فلا تعود المضاربة لانها بطلت كما هو ظاهر عبارة الاتقاني في غاية البيان لكن في العناية أن المضاربة تعود سواء حكم بلحاقه أم لا فتأمل رملي (قوله بخلاف الوكيل) أى لو ارتد موكله ولحق ثم عاد فلا تبقى الوكالة على حالها والفرق أن محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل فلذا قال لانه الخ س (قوله بخلاف المضارب) فان له حقا فاذا عاد المالك فهي على حالها (قوله ولو ارتد) محترز قوله وبلحوق (قوله فقط) على هذا لا فرق بين المالك والمضارب فلو قال ويلحوق أحدهما ثم قال ولو ارتد احدهما فقط الخ لكان أخصر وأظهر تأمل لكن الفرق انه اذا ارتد المضارب فتصرفه نافذ (قوله غير مؤثرة) سواء كانت هي صاحبة المال أو المضاربة الا أن تموت أو تلحق بدار الحرب فيحكم بلحاقها لان ردتها لا تؤثر في أملاكها فكذا في تصرفاتها منح (قوله ولو حكما) أى ولو العزل حكما فلا ينعزل في الحكمي الا بالعلم بخلاف الوكيل حيث ينعزل في الحكمي وان لم يعلم كذا قالوا فان قلت ما الفرق بينهما قلت قد ذكروا أن الفرق بينهما انه لا حق له بخلاف المضارب منح (قوله ولو حكما) اى كارتداده مع الحكم بلحاقه س (قوله فالدراهم) التفريع غير ظاهر فالاولى الواو كما في البحر والمنح (قوله جنسان) فان كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير له بيعها بالدراهم استحسانا منح وانظر ما مر في البيع الفاسد عند قول المصنف والدراهم والدنانير جنس (قوله باعها) أى له بيعها ولا يمنعه العزل من ذلك اتقاني (قوله عنها) أى عن النسيئة كما لا يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة وكما لا يملك عزله لا يملك تخصيص الاذن لانه عزل من وجه بحر عن النهاية وسيأتي (قوله ويبدل) لا حاجة اليه لفهمه مما قبله حيث بين المراد من العروض هنا قريبا وأن الدراهم والدنانير جنسان (قوله خلافه به) أى له أن يبدل خلاف رأس المال من النقد برأس المال قال في البحر وان كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير يبيعها بالدراهم استحسانا مدني (قوله لوجوب الخ) أى ان امتنع المالك من خلاف الجنس كما يفيده ما قدمناه عن الاتقاني (فرع) قال في القنية من المضاربة أعطاه دنانير مضاربة ثم أراد القسمة له أن يستوفي دنانير وله أن يأخذ من المال بقيمتها وتعتبر قيمتها يوم القسمة لا يوم الدفع اه وفي شرح الطحاوي من المضاربة ويضمن لرب المال مثل ماله وقت الخلاف يجري في بحث القول في ثمن المثل وهذه فائدة طالما توقفت فيها فان رب المال يدفع دنانير مثلا بعدد مخصوص ثم تغلو قيمتها ويريد أخذها عددا لا بالقيمة تأمل والذي يظهر من هذا انه لو علم عدد المدفوع ونوعه فله أخذه ولو أراد أن يأخذ قيمته من نوع آخر يأخذ ما بالقيمة الواقعة يوم الخلاف أى يوم النزاع والخصام وكذا اذا لم يعلم نوع المدفوع كما يقع كثيرا في زماننا حيث يدفع أنواعا ثم تجهل فيضطر الى أخذ قيمتها لجهالتها فيأخذ بالقيمة يوم الخصام والله أعلم تأمل (قوله في هذه الحالة) أى حالة كون المال عروضا لان للمضارب حقا في الربح بحر (قوله صح) أى الفسخ (قوله على اقتضاء الديون) أى طلبها من أربابها (قوله اذ حينئذ) عبارة البحر لانه كالاجير والربح كالاجرة وطلب الدين من تمام تكملة العمل فيجبر عليه (قوله بالاجرة) ظاهره ولو كان الربح قليلا قال في شرح الملتقى ومفاده أن نفقة الطلب على المضارب وهذا لو الدين في المصر والا ففي مال المضاربة قال في الهندية وان طال سفر المضارب ومقامه حتى أتت النفقة في جميع الدين فان فضل على الدين حسب له النفقة مقدار الدين وما زاد على ذلك يكون على المضارب كذا في المحيط ط

(والسمسار يجبر على التقاضي) وكذا الدلال لانهما يعملان بالاجرة (فرع) استؤجر على أن يبيع ويشترى لم يجز لعدم قدرته عليه والحيلة أن يستأجره مدة للخدمة ويستعمله فى البيع زيلعى (وماهلك من مال المضاربة يصرف الى الربح) لانه تبع (فان زاد الهالك على الربح لم يضمن) ولو فاسدة من عمله لانه أمين (وان قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال اوبعضه ترادا الربح ليأخذ المالك رأس المال وما فضل فهو بينهما وان نقص لم يضمن) لما مرّ ثم ذكر مفهوم قوله وبقيت المضاربة فقال (وان قسم الربح وفسخت المضاربة) والمال فى يد المضارب (ثم عقداها فهلك المال لم يترادا وبقيت المضاربة) لانه عقد جديد وهى الحيلة النافعة للمضارب

(فصل فى المتفرقات)

(المضاربة لاتفسد بدفع كل المال اوبعضه) تقييد الهداية بالبعض اتفاقى عناية (الى المالك بضاعة لامضاربة) لما مرّ (وان أخذه) اى المالك المال (بغير أمر المضارب وباع واشترى بطلت ان كان رأس المال نقدا) لانه عامل لنفسه (وان صار عرضا لا) لان النقض الصريح حينئذ لا يعمل فهذا اولى عناية ثم ان باع بعرض بقيت وان بنقد بطلت لما مرّ (واذا سافر) ولو يوما (فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) بفتح الراء ما يركب ولو بكراء (وكل ما يحتاجه عادة) اى فى عادة التجار بالمعروف (فى مالها) لو صحيحة لا فاسدة لانه اجير فلا نفقة له كمستبضع ووكيل وشريك كافى وفى الاخير خلاف (وان عمل فى المصر) سواء ولد فيه أو اتخذه دارا (فنفقته فى ماله) كدوائه على الظاهر أما اذا نوى الاقامة بمصر ولم يتخذه دارا فله النفقة ابن ملك مالم يأخذ مالا لانه لم يحتبس بمالها ولو سافر بماله ومالها

(قوله والسمسار) هو المتوسط بين البائع والمشترى بأجر من غير أن يستأجر (قوله زيلعى) وتمام كلامه وانما جازت هذه الحيلة لان العقد يتناول المنفعة وهى معلومة ببيان قدر المدة وهو قادر على تسليم نفسه فى المدة ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيأ لا بأس به لانه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (قوله ولو فاسدة) أى سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة وسواء كان الهلاك من عمله أولا ح (قوله من عمله) يعنى المسلط عليه عند التجار وأما التعدى فيظهر أنه يضمن سائحانى (قوله فهو بينهما) أى بعد دفع النفقة (قوله لما مرّ) اى من انه أمين فلا يضمن (قوله فى يد المضارب) مثله فى العزمية عن صدر الشريعة وهو نص على المتوهم والاقب الاولى اذا دفعه لرب المال بعد الفسخ ثم استرده وعقدا أخرى (قوله النافعة للمضارب) أى لو خاف أن يسترد منه رب المال الربح بعد القسمة بسبب هلاك مابقى من رأس المال وعلم مما مرّ آنفا انه لا يتوقف صحة الحيلة على أن يسلم المضارب رأس المال الى رب المال وتقييد الزيلعى به اتفاقى كما نبه عليه أبو السعود

(فصل فى المتفرقات)

(قوله لامضاربة) أى فانها تفسد وقد تبع الزيلعى ومفهومه انه لو دفعه مضاربة تفسد الاولى مع أن الذى يفسد الثانية لا الاولى كما فى الهداية قال فى البحر وتقييده بالبضاعة اتفاقى لانه لو دفع المال الى رب المال مضاربة لا تبطل الاولى بل الثانية لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه يؤدى الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقى عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل الاولى كذا فى الهداية وبه علم انها بضاعة وان سميت مضاربة لان المراد بالبضاعة هنا الاستعانة لان الابضاع الحقيقى لا يتأتى هنا وهو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر ولا ربح للعامل وفهم من مسألة الكتاب جواز الابضاع مع الاجنبى بالاولى اه (قوله لما مرّ) أى من أن الشئ لا يتضمن مثله (قوله وان أخذه) محترز قوله بدفع (قوله وان صار عرضا) أى فى يد المضارب (قوله ثم ان باع) أى ما صار عرضا (قوله لما مرّ) أى من انه عامل لنفسه قال فى الهامش فلو باع أى رب المال العروض بنقد ثم اشترى عروضا كان للمضارب حصته من ربح العروض الاولى لا الثانية لانه لما باع العروض وصار المال نقدا فى يده كان ذلك نقضا للمضاربة فشراؤه به بعد ذلك يكون لنفسه فلو باع العروض بعروض مثلها أو بمكيل أو موزون وربح كان بينهما على ماشرطا بحر ومنح عن المبسوط (قوله ولو يوما) لان العلة فى وجوب النفقة حبس نفسه لاجلها فعلم أنه ليس المراد بالسفر الشرعى بل المراد أن لا يمكنه المبيت فى منزله فان أمكن انه يعود اليه فى ليلة فهو كالمصر لا نفقة له بحر (قوله ولو بكراء) بفتح الراء ومدها وكسر الهمزة بعدها (قوله لانه أجير) أى فى الفاسدة (قوله خلاف) فانه صرح فى النهاية بوجوبها فى مال الشركة منح وجعله فى شرح المجمع رواية عن محمد وفى الحامدية فى كتاب الشركة عن الرملى على المنح اقول ذكر فى التاترخانية عن الخانية قال محمد هذا استحسانا اه أى وجوب نفقته فى مال الشركة وحيث علمت انه الاستحسان فالعمل عليه لما علمت أن العمل على الاستحسان الا فى مسائل ليست هذه منها خير الدين على المنح اه (قوله مالم يأخذ مالا) يعنى لو نوى الاقامة بمصر ولم يتخذه دارا فله النفقة الا اذا كان قد أخذ مال المضاربة فى ذلك المصر فلا نفقة له مادام فيه ولا يخفى مافيه من الايجاز الملحق بالالغاز قال فى البحر فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له فى المال مادام فى الكوفة فاذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتى البصرة لان خروجه لاجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلى له فكانت اقامته فيه لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال الى أن يأتى الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال وله أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن أمانة وانه يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليس له بها وطن كانت اقامته فيها لاجل المال كذا فى البدائع والمحيط والفتاوى الظهيرية اه ويظهر منه انه لو كان له وطن بالكوفة

ايضا

أوخلط بإذن أو بعيالين لرجلين أنفق بالحصة وإذا قدم ردّ ما بقي مجمع ويضمن الزائد على المعروف ولو أنفق من ماله ليرجع في ماله فله ذلك ولو هلك لم يرجع على المالك (ويأخذ المالك قدر ما أنفقه المضارب من رأس المال إن كان ثمة ربح فإن استوفاه وفضل شيء) من الربح (اقتسماه) على الشرط لأن ما أنفقه يجعل كالهالك والهالك يصرف إلى الربح كما مرّ (وإن لم يظهر ربح فلا شيء عليه) أي المضارب (وإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان وأجرة السمسار والقصار والصباغ ونحوه) مما اعتيد ضمه (ويقول) البائع (قام عليّ بكذا وكذا يضمّ إلى رأس المال ما يوجب زيادة فيه حقيقة أو حكما أو اعتاده التجار) كأجرة السمسار هذا هو الأصل نهاية (لا) يضمّ ما أنفقه (على نفسه) لعدم الزيادة والعادة (مضارب بالنصف شرى بألفها بزا) أي ثيابا (وباعه بألفين وشرى بهما عبدا فضاعا في يده) قبل نقدهما لبائع العبد (غرم المضارب) نصف الربح (ربعهما و) غرم (المالك الباقي و) يصير (ربع العبد) ملكا (للمضارب) خارجا عن المضاربة لكونه مضمونا عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف (وباقيه لها ورأس المال) جميع ما دفع المالك وهو (ألفان وخمسمائة (و) لكن (رابح) المضارب في بيع العبد (على ألفين) فقط لأنه شراه بهما (ولو بيع) العبد (بضعفهما) بأربعة آلاف (فحصتها ثلاثة آلاف) لأن ربعه للمضارب (والربح منها نصف الألف بينهما) لأن رأس المال ألفان وخمسمائة (ولو شرى من رب المال بألف عبدا شراه) رب المال (بنصفه رابح بنصفه) وكذا عكسه لأنه وكيله ومنه علم جواز شراء المالك من المضارب وعكسه (ولو شرى بألفها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب) على قدر ملكهما (والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) لخروجه عن المضاربة بالفداء للتنافي

أيضا ليس له الإنفاق إلا في الطريق ورأيت التصريح به في التاترخانية من الخامس عشر (قوله أو خلط الخ) أو بعرف شائع كما قدمنا أنه لا يضمن به تأمل (قوله بإذن) أي وتصير شركة ملك فلا تنافي المضاربة ونظيره ما قدمناه لو دفع إليه ألفا نصفها قرض ونصفها مضاربة صح ولكل نصف حكم نفسه اهـ مع أن المال مشترك شركة ملك فلم يضمن المضاربة وبه ظهر أنه لا ينافي ما قدمه الشارح عن الكافي من أنه ليس للشريك نفقة فافهم (قوله أو بعيالين) أي وإن كان أحدهما بضاعة فنفقته في مال المضاربة إلا أن يتفرغ للعمل في البضاعة فمن مال نفسه دون البضاعة إلا أن أذن له المستبضع بالنفقة منها إلا أنه متبرع تاترخانية في الخامس عشر عن المحيط وفيها عن العتابية ولو رجع المضارب من سفره بعد موت رب المال فله أن ينفق من المال على نفسه وعلى الرقيق وكذا بعد النهي ولو كتب إليه ينهاه وقد صار المال نقدا لم ينفق في رجوعه اهـ (قوله ولو هلك) أي مالها (قوله ويأخذ) أي من الربح (قوله من رأس) متعلق بأنفق وحاصل المسألة أنه لو دفع له ألفا مثلا فأنفق المضارب من رأس المال مائة وربح مائة يأخذ المالك المائة الربح بدل المائة التي أنفقها المضارب ليستوفي المالك جميع رأس ماله فلو كان الربح في هذه الصورة مائتين يأخذ مائة بدل النفقة ويقتسمان المائة الثانية (قوله من الحملان) قال في مجمع البحرين والحملان بالضم الحمل مصدر حمله والحملان أيضا أجر ما يحمل اهـ وهو المراد ط (قوله حقيقة) كالصبغ (قوله أو حكما) كالقصارة (قوله والعادة) قد سبق في المرابحة أن العبرة في الضم لعادة التجار فإذا جرت بضم ذلك يضم ط (قوله أي ثيابا) قال في البحر وقال محمد في السير البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان أو القطن لا ثياب الصوف أو الخز كذا في المغرب اهـ (قوله نصف الربح) لأنه ظهر فيها ربح ألف لما صار المال نقدا فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتركا ربعه للمضارب والباقي لرب المال فيكون مضمونا عليهما بالحصص (قوله الباقي) ولكن الألفان يجبان جميعا للبائع على المضارب ثم يرجع المضارب على رب المال بألف وخمسمائة لأن المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع إليه اتقاني (قوله لكونه) علة لقوله خارجا (قوله وبينهما) أي بين الضمان المفهوم من مضمون وبين الأمانة (قوله لها) لأن ضمان رب المال لا ينافي المضاربة س (قوله ولو بيع) أي والمسألة بحالها (قوله فحصتها) أي المضاربة (قوله لأن ربعه) أي ربع العبد ملك للمضارب كما تقدم وفي الهامش قوله ربعه وهو الألف اهـ (قوله بينهما) أي والألف يختص بها المضارب كما مرّ (قوله عبدا) أي قيمته ألف فالثمن والقيمة سواء وإنما قلنا ذلك لأنه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين بعد ما ربح المضارب ألفا فإنه يرابح على ألف وخمسمائة وكذا لو الفضل في قيمة المبيع دون الثمن بأن كان العبد يساوي ألفا وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف وباعه من المضارب بألف فإنه يرابح على ألف ومائتين وخمسين وكذا عكسه بأن شرى عبدا قيمته ألف بألف فباعه منه بألف فالمسئلة رباعية قسمان لا يرابح فيهما إلا على ما اشترى رب المال وقسمان يرابح فيهما عليه وعلى حصة المضارب وهذا إذا كان البائع رب المال فلو كان المضارب فهو على أربعة أقسام أيضا كما يأتي وتمامه في البحر عن المحيط (قوله شراه) صفة عبدا (قوله رابح) جواب لو (قوله وكذا عكسه) وهو ما لو كان البائع المضارب والمسئلة بحالها بأن شرى رب المال بألف عبدا شراه المضارب بنصفه ورأس المال ألف فإنه يرابح بنصفه وهذا إذا كانت قيمته كالثمن لا فضل فيهما ومثله لو الفضل في القيمة فقط أما لو كان فيهما فضل أو في الثمن فقط فإنه يرابح على ما اشترى به المضارب وحصة المضارب وبه علم أن المسئلة رباعية أيضا وتمامه في البحر (قوله ولو شرى) أي من معه ألف بالنصف كما قيد به في الكنز (قوله بالفداء) لأنه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال فإذا فدياه خرج عن المضاربة لأن نصيب المضارب صار مضمونا عليه ونصيب رب المال صار له بقضاء القاضي بالفداء عليهما وإذا خرج عنها بالدفع أو بالفداء غرما على قدر ملكهما بحر والفرق بين هذا وبين ما مرّ حيث لا يخرج هنالك ما خص رب المال

كما مرّ ولو اختار المالك الدفع والمضارب الفداء فله ذلك لتوهم الربح حينئذ (اشترى بألفها عبدا وهلك الثمن قبل النقد) للبائع لم يضمن لانه أمين بل (دفع المالك) للمضارب (ألفا أخرى ثم وثم) أى كلما هلك دفع أخرى الى غير نهاية (ورأس المال جميع ما دفع) بخلاف الوكيل لان يده ثانيا يد استيفاء لا أمانة (معه ألفان فقال) للمالك (دفعت الىّ ألفا وربحت ألفا وقال المالك دفعت ألفين فالقول للمضارب) لان القول فى مقدار المقبوض للقابض أمينا أو ضمينا كما لو انكره أصلا (ولو كان الاختلاف مع ذلك فى مقدار الربح فالقول لرب المال فى مقدار الربح فقط) لانه يستفاد من جهته (وأيهما أقام بينة تقبل وان أقاماها فالبينة بينة رب المال فى دعواه الزيادة فى رأس المال و) بينة (المضارب فى دعواه الزيادة فى الربح) قيد الاختلاف بكونه فى المقدار لانه لو كان فى الصفة فالقول لرب المال فلذا قال (معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفا وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك) لانه منكر (وكذا لو قال) المضارب (هى قرض وقال رب المال هى بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) لانه يدّعى عليه التمليك والمالك ينكر (و) أما (لو ادّعى المالك القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب) لانه ينكر الضمان وأيهما أقام البينة قبلت (وان أقاما بينة فبينة رب المال أولى) لانها أكثر اثباتا وأما الاختلاف فى النوع فان ادّعى المضارب العموم أو الاطلاق وادّعى المالك الخصوص فالقول للمضارب لتمسكه بالاصل ولو ادّعى كل نوعا فالقول للمالك والبينة للمضارب فيقيمها على صحة تصرّفه ويلزمها نفى الضمان ولو وقت البينتان

عن المضاربة وهنا يخرج أن الواجب هناك ضمان التجارة وهو لا ينافى المضاربة وهنا ضمان الجناية وهو ليس من التجارة فى شئ فلا يبقى على المضاربة كفاية (قوله كما مرّ) أى قريبا من أنّ ضمان المضارب ينافى المضاربة س (قوله ولو اختار المالك الدفع الخ) قال فى البحر قيد بقوله قيمته ألفان لانه لو كانت قيمته ألفا فقد بر الجناية الى رب المال لانّ الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها فان اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فله ذلك لانه يستبقى بالفداء مال المضاربة وله ذلك لانّ الربح يتوهم كذا فى الايضاح اه ونحوه فى غاية البيان ولا يخفى أن الربح فى مسئلة المتن محقق بخلاف هذه فقد علل لغير مذكور على أن الظاهر أنه فى مسئلة المتن لا ينفرد أحدهما بالخيار لكون العبد مشتركا كما يدل له ما فى غاية البيان ويكون الخيار لهما جميعا ان شا آفديا وان شا آدفعا فتأمل (قوله ما دفع) فلا يظهر الربح الا بعد استيفاء المالك الكل لكن المضارب لا يرابح الا على ألف كما مرّ (قوله بخلاف الوكيل) أى اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء ثم هلك فانه لا يرجع الا مرّة (قوله لانّ يده ثانيا الخ) الضمير فيه للوكيل بيانه أن المال فى يد المضارب أمانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لانه لا يكون الا بقبض مضمون فكل ما قبض يكون امانة وقبض الوكيل ثانيا استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فاذا صار مستوفيا له صار مضمونا عليه فيهلك عليه بخلاف ما اذا لم يكن مدفوعا اليه الا بعد الشراء حيث لا يرجع أصلا لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اذ المدفوع اليه قبله أمانة وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع مرّة فقط لما قلنا (قوله مع ذلك) أى مع الاختلاف فى رأس المال (قوله الربح) صورته قال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لى النصف (قوله فقط) لا فى رأس المال بل القول فيه للمضارب كما علمت (قوله فالبينة الخ) لانّ بينة رب المال فى زيادة رأس المال أكثر اثباتا وبينة المضارب فى زيادة الربح أكثر اثباتا كما فى الزيلعى ويؤخذ من هذا ومن الاختلاف فى الصفة أنّ رب المال لو ادّعى المضاربة وادّعى من فى يده المال انهما عنان وله فى المال كذا وأقاما البينة فبينة ذى اليد أولى لانها أثبتت حصة من المال وأثبتت الصفة سائحانى (قوله فالقول للمالك) لانّ المضارب يدّعى عليه تقوّم عمله أو شرطا من جهته أو يدّعى الشركة وهو ينكر منح (قوله المضارب) الاولى ذو اليد (قوله هى قرض) ليكون كل الربح له (قوله فالقول للمضارب) مثله فى الخانية وغاية البيان والزيلعى والبحر ونقله ابن الشحنة عن النهاية وشرح التجريد وحكى ابن وهبان فى نظمه قولين وفى مجموعة منلا على عن مجموعة الانقروى عن محيط السرخسى لو قال رب المال هو قرض والقابض مضاربة فان بعد ما تصرّف فالقول لرب المال والبينة بينته أيضا والمضارب ضامن وان قبله فالقول قوله ولا ضمان عليه أى القابض لانهما تصادقا على أن القبض كان باذن رب المال ولم يثبت القرض لانكار القابض اه ونقل فيها عن الذخيرة من الرابع عشر مثله ومثله فى كتاب القول لمن عن غانم البغدادى عن الوجيز وبمثله أفتى على أفندى مفتى الممالك العثمانية وكذا قال فى فتاوى ابن نجيم القول لرب المال ويمكن أن يقال ان ما فى الخانية والتنوير فيما اذا كان قبل التصرّف حملا للمطلق على المقيد لاتحاد الحادثة والحكم وبالله التوفيق من مجموعة منلا على ملخصا (قوله بالاصل) لانّ الاصل فى المضاربة العموم اذ المقصود منها الاسترباح والعموم والاطلاق يناسبانه وهذا اذا تنازعا بعد تصرّف المضارب فلو قبله فالقول للمالك كما اذا ادّعى المالك بعد التصرّف العموم والمضارب الخصوص فالقول للمالك درّ منتقى (قوله كل نوعا) بأن قال احدهما فى بز وقال الآخر فى برّ (قوله فالقول للمالك) لانهما اتفقا على الخصوص فكان القول قول من يستفاد من جهته الاذن س (قوله فيقيمها) أى البينة (قوله على صحة الخ) يعنى أنّ البينة تكون حينئذ على صحة تصرّفه لا على نفى الضمان حتى تكون على النفى فلا تقبل (قوله ولو وقت) فى بعض النسخ ولو وقتت (قوله البينتان) فاعل وقت والمسئلة بحالها بأن قال رب المال اديته اليك مضاربة أن تعمل فى بز فى رمضان وقال المضارب دفعت الىّ لاعمل

قضى بالمتأخرة والافبينة المالك (فروع) دفع الوصى مال الصغير الى نفسه مضاربة جاز وقيده الطرسوسى بان لايجعل الوصى لنفسه من الربح أكثر مما يجعل لامثاله وتمامه فى شرح الوهبانية وفيها مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف عاد دينا فى تركته وفى الاختيار دفع المضارب شيأ للعاشر ليكف عنه ضمن لانه ليس من أمور التجارة لكن صرّح فى مجمع الفتاوى بعدم الضمان فى زماننا قال وكذا الوصى لانهما يقصدان الاصلاح وسيجىء آخر الوديعة وفيه لو شرى بمالها متاعا فقال أنا أمسكه حتى أجد ربحا كثيرا وأراد المالك بيعه فان فى المال ربح أجبر على بيعه لعمله بأجر كما مرّ الا أن يقول للمالك أعطيك رأس المال وحصتك من الربح فيجبر المالك على قبول ذلك وفى البزازية دفع اليه ألفا نصفها هبة ونصفها مضاربة فهلكت يضمن حصة الهبة اه قلت والمفتى به انه لاضمان مطلقا لا فى المضاربة لانها أمانة ولا فى الهبة لانها فاسدة وهى تملك بالقبض على المعتمد المفتى به كما سيجىء فلا ضمان فيها وبه يضعف قول الوهبانية وأودعه عشرا على أن خمسة له هبة فاستهلك الخمس يخسر

(كتاب الايداع)

لاخفاء فى اشتراكه مع ما قبله فى الحكم وهو الامانة (هو) لغة من الودع أى الترك وشرعا (تسليط الغير على حفظ ماله صريحا أو دلالة) كأن انفتق زق رجل فاخذه رجل بغيبة مالكه ثم تركه ضمن لانه بهذا الاخذ التزم حفظه دلالة بحر (والوديعة ما تترك عند الامين) وهى أخص من الامانة كما حققه المصنف وغيره (وركنها الايجاب صريحا) كاودعتك (أو كناية) كقوله لرجل أعطنى ألف درهم أو أعطنى هذا الثوب مثلا فقال أعطيتك كان وديعة بحر لان الاعطاء يحتمل الهبة لكن الوديعة أدنى وهو متيقن فصار كناية (أو فعلا) كما لو وضع ثوبه بين يدى رجل ولم يقل

فى طعام فى شوّال وأقاما البينة (قوله قضى بالمتأخرة) لان آخر الشرطين ينسخ أولهما (قوله والا) أى ان لم يوقتا أو وقتت احداهما دون الاخرى (قوله الى نفسه) الضمير راجع الى الوصى (قوله وقيده الطرسوسى) أى بحثا منه وردّه ابن وهبان بأنه تقييد لاطلاقهم برأيه مع قيام الدليل على الاطلاق واستظهر ابن الشحنة ما قاله الطرسوسى نظرا للصغير أقول لكن فى جامع الفصولين عن الملتقط ليس للوصى فى هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة فهذا يفيد المنع مطلقا (قوله فى تركته) لانه صار بالتجهيل مستهلكا وسيأتى تمامه فى الوديعة ان شاء الله تعالى وأفتى به فى الحامدية قائلا وبه أفتى قارئ الهداية (قوله وفيه لو شرى الخ) الكلام هنا فى موضعين الاول حق امساك المضارب المتاع من غير رضى رب المال والثانى اجبار المضارب على البيع حيث لا حق له فى الامساك أمّا الاول فلا حق له فيه سواء كان فى المال ربح أولا الا أن يعطى لرب المال رأس المال فقط ان لم يربح أو مع حصته من الربح فحينئذ له حق الامساك وأما الثانى وهو اجباره على البيع فهو أنه ان كان فى المال ربح أجبر على البيع الا أن يدفع للمالك رأس ماله من حصته من الربح وان لم يكن فى المال ربح لا يجبر ولكن له أن يدفع للمالك رأس ماله أو يدفع له المتاع برأس ماله هذا حاصل ما فهمته من عبارة المنح عن الذخيرة وهى عبارة معقدة وقد راجعت عبارة الذخيرة فوجدتها كما فى المنح وبقى ما اذا أراد المالك أن يمسك المتاع والمضارب يريد بيعه وهو حادثة الفتوى ويعلم جوابها مما مرّ قبيل الفصل من انه لو عزله وعلم به والمال عروض باعها وان نهاه المالك ولا يملك المالك فسخها ولا تخصيص الاذن لانه عزل من وجه (قوله حصة الهبة) لان هبة المشاع الذى يقبل القسمة غير صحيحة فيكون فى ضمانه (قوله وهى الخ) ونقلها القنال عن الهندية (قوله تملك بالقبض) أقول لاتنافى بين الملك بالقبض والضمان سائحانى أقول نص عليه فى جامع الفصولين حيث قال رامزا لفتاوى الفضلى الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى ثم اذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه اذ الفاسدة مضمونة فاذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الردّ قبل الهلاك اه فتنبه (فروع) سئل فيما اذا مات المضارب وعليه دين وكان مال المضاربة معروفا فهل يكون رب المال أحق برأس ماله وحصته من الربح الجواب نعم كما صرّح به فى الخانية والذخيرة البرهانية حامدية وفيها عن قارئ الهداية من باب القضاء فى فتاواه اذا ادّعى احد الشريكين خيانة فى قدر معلوم وأنكر حلف عليه فان حلف برئ وان نكل ثبت ما ادّعاه وان لم يعين مقدارا فكذا الحكم لكن اذا نكل عن اليمين لزمه أن يعين مقدار ما خان فيه والقول قوله فى مقداره مع يمينه لان نكوله كاقرار بشئ مجهول والبيان فى مقداره الى المقرّ مع يمينه الا أن يقيم خصمه بينة على اكثر اه

(كتاب الايداع)

(قوله بغيبة الخ) قيد به لان المالك لو كان حاضرا لم يضمن كما حققه المصنف انظر اليعقوبية قال فى المنح ان الامانة علم لما هو غير مضمون فشمل جميع الصور التى لاضمان فيها كالعارية والمستأجرة والموصى بخدمته فى يد الموصى له بها والوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول فكانا متغايرين واختاره صاحب النهاية وفى البحر وحكمهما مختلف فى بعض الصور لانه فى الوديعة يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفى الامانة لايبرأ عن الضمان بعد الخلاف (نكتة) ذكرها فى الهامش روى أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق فى زى الفقراء فقربها يوسف عليه السلام فقامت تنادى أيها الملك اسمع كلامى فوقف يوسف عليه السلام فقالت الامانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة اقامت الملوك مقام المملوك فسأل عنها فقيل انها زليخا فتزوجها رحمة عليها اه زيلعى (قوله أو كناية) المراد بها ما قابل الصريح مثل كنايات الطلاق لا البيانية (قوله لان الخ) التعليل فى البحر أيضا (قوله ولم يقل الخ) فلو قال لا أقبل الوديعة لايضمن اذ القبول عرفا لايثبت عند الردّ صريحا قال صاحب جامع الفصولين أقول دل هذا على

شيأ فهو ايداع (والقبول من المودع صريحا) كقبلت (أو دلالة) كما لو سكت عند وضعه فانه قبول دلالة كوضع ثيابه فى حمام بمرأى من الثيابى وكقوله لرب الخان أين اربطها فقال هناك كان ايداعا خانية وهذا فى حق وجوب الحفظ وأما فى حق الامانة فتتم بالايجاب وحده حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان وان لم يقبل اختيار (وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه) فلو أودع الآبق أو الطير فى الهواء لم يضمن (وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه) فلو أودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ولو عبدا محجورا ضمن بعد عتقه (وهى أمانة) هذا حكمها مع وجوب الحفظ والاداء عند الطلب واستحباب قبولها (فلا تضمن بالهلاك) الا اذا كانت الوديعة بأجر أشباه معزيا للزيلعى (مطلقا) سواء امكن التحرز أم لا هلك معها شئ أم لا لحديث الدارقطنى ليس على المستودع غير المغل ضمان (واشتراط الضمان على الامين) كالحمامى والخانى (باطل به يفتى) خلاصة وصدر الشريعة (وللمودع حفظها بنفسه وعياله) كماله (وهم من يسكن معه حقيقة أو حكما لا من يمونه) فلو دفعها

أنّ البقار لا يصير مودعا فى بقرة من بعثها اليه فقال البقار للرسول اذهب بها الى ربها فانى لا أقبلها فذهب بها فينبغى أن لا يضمن البقار وقد مرّ خلافه يقول الحقير قوله ينبغى لا ينبغى اذ الرسول لما أتى بها اليه خرج عن حكم الرسالة وصار أجنبيا فلما قال البقار ردّها على مالكها صار كأنه ردّها الى اجنبى أو ردّها مع أجنبى فلذا يضمن بخلاف مسئلة الثوب نور العين وتمامه فيه وفيه أيضا عن الذخيرة ولو قال لم أقبل حتى لم يصر مودعا وترك الثوب ربه وذهب فرفعه من لم يقبل وادخله بيته ينبغى أن يضمن لانه لما لم يثبت الايداع صار غاصبا برفعه يقول الحقير فيه اشكال وهو أن الغصب ازالة يد المالك ولم توجد ورفعه الثوب لقصد النفع لا الضرر بل ترك المالك ثوبه ايداع ثان ورفع من لم يقبل قبول ضمنا فالظاهر أنه لا يضمن والله تعالى أعلم اه (قوله شيأ) فلو قال لا أقبل لا يكون مودعا لان الدلالة لم توجد بحر وفيه عن الخلاصة لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا اذا ضاع وان قاموا واحدا بعد واحد ضمن الاخير لانه تعين للحفظ فتعين للضمان اه فكل من الايجاب والقبول فيه غير صريح كمسئلة الخانى الآتية قريبا (فرع) فى جامع الفصولين لو أدخل دابته دار غيره وأخرجها رب الدار لم يضمن لانها تتضرر بالدار ولو وجد دابة فى مربطه فأخرجها ضمن سائحانى (قوله كما لو سكت) أى فانه قبول وبعد أن ذكر هذا فى الهندية قال وضع شيأ فى بيته بغير أمره فلم يعلم حتى ضاع لا يضمن لعدم التزام الحفظ وضع عند آخر شيأ وقال احفظ فضاع لا يضمن لعدم التزام الحفظ اه ويمكن التوفيق بالقرينة الدالة على الرضى وعدمه سائحانى (قوله من الثيابى) ولا يكون الحمامى مودعا ما دام الثيابى حاضرا فان كان غائبا فالحمامى مودع بحر وفيه عن اجارات الخلاصة لبس ثوبا فظن الثيابى انه ثوبه فاذا هو ثوب الغير ضمن هو الاصح أى لانه بترك السؤال والتفحص يكون مفرطا فلا ينافى ما يأتى من أن اشتراط الضمان على الامين باطل أفاده أبو السعود (قوله وهذا) أى اشتراط القبول أيضا (قوله وان لم يقبل) قد مرّ أن القبول صريح ودلالة فلعله هنا بمعنى الرد أما لو سكت فهو قبول دلالة تأمل (قوله لاثبات اليد) قال بعض الفضلاء فيه تسامح اذ المراد اثبات اليد بالفعل ولا يكفى قبول الاثبات كما أشار اليه فى الدرر بقوله وحفظ شئ بدون اثبات اليد عليه محال تأمل قتال وأجاب عنه أبو السعود (قوله فلو أودع صبيا) قال الرملى فى حاشية المنح ويستثنى من ايداع الصبى ما اذا أودع صبى محجور مثله وهى ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع والآخذ كذا فى الفوائد الزينية مدنى وانظر حاشية الفتال (قوله ضمن بعد عتقه) أى لو بالغا والا فلا ضمان (فرع) قال فى الهامش لو احتاج الى نقل العيال أو لم يكن له عيال فسافر بها لم يضمن وهذا لو عين المكان فلو لم يعين بأن قال احفظ هذا ولم يقل فى مكان كذا فسافر به فلو كان الطريق مخوفا ضمن بالاجماع والا لا عندنا كالاب أو الوصى لو سافر بمال الصبى وهذا اذا لم يكن حمل ومؤنة جامع الفصولين فلو كان لها حمل ومؤنة وقد أمر بالحفظ مطلقا فلو كان لا بدّ له من السفر وقد عجز عن حفظه فى المصر الذى أودعه فيه لم يضمن بالاجماع فلو له بدّ من السفر فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله قريبا أو بعيدا وعن أبى يوسف رحمه الله ضمن لو بعيدا لا لو قريبا وعن محمد ضمن فى الحالين جامع الفصولين * المودع بأجر ليس له أن يسافر بها التعيين مكان العقد للحفظ جامع الفصولين (قوله عند الطلب) الا فى مسائل ستأتى (قوله بأجر) سيأتى أن الاجير المشترك لا يضمن وان شرط عليه الضمان وأيضا قول المتن هنا واشتراط الخ يرد عليه وهذا مع الشرط فكيف مع عدمه وفى البزازية دفع الى صاحب الحمام واستأجره وشرط عليه الضمان اذا تلف قد ذكرنا انه لا اثر له فيما عليه الفتوى سائحانى وانظر حاشية الفتال وقد يفرق بأنه هنا مستأجر على الحفظ قصدا بخلاف الاجير المشترك فانه مستأجر على العمل تأمل (قوله للزيلعى) ومثله فى النهاية والكفاية وكثير من الكتب رملى على المنح (قوله غير المغل) أى الخائن كذا فى الهامش (قوله كالحمامى) أى معلم الحمام وأما من جرى العرف بأنه يأخذ فى مقابلة حفظه اجرة يضمن لانه وديع بأجرة لكن الفتوى على عدمه سائحانى (قوله فلو دفعها) تفريع

لولده المميز أو زوجته ولا يسكن معهما ولا ينفق عليهما لم يضمن خلاصة وكذا لو دفعتها لزوجها لان العبرة للمساكنة لا للنفقة وقيل يعتبران معا عيني (وشرط كونه) أى من فى عياله (امينا) فلو علم خيانته ضمن خلاصة (و) جاز (لمن فى عياله الدفع لمن فى عياله ولو نهاه عن الدفع الى بعض من فى عياله فدفع ان وجد بدا منه) بأن كان له عيال غيره ابن ملك (ضمن والا لا وان حفظها بغيرهم ضمن) وعن محمد ان حفظها بمن يحفظ ماله كوكيله ومأذونه وشريكه مفاوضة وعنانا جاز وعليه الفتوى ابن ملك واعتمده ابن الكمال ٤٩٥ وغيره وأقره المصنف (الا اذا خاف الحرق أو الغرق وكان غالبا محيطا) فلو غير محيط ضمن (فسلمها الى جاره أو) الى (فلك آخر) الا اذا امكنه دفعها لمن فى عياله أو ألقاها فوقعت فى البحر ابتداء أو بالتدحرج ضمن زيلعي (فان ادعاه) أى الدفع لجاره أو فلك آخر (صدق ان علم وقوعه) أى الحرق (ببيته) أى بدار المودع (والا) يعلم وقوع الحرق فى داره (لا) يصدق (الا ببينة) فحصل بين كلامى الخلاصة والهداية التوفيق وبالله التوفيق (ولو منعه الوديعة ظلما بعد طلبه) لرد وديعته فلو لحملها اليه لم يضمن ابن ملك (بنفسه) ولو حكما كوكيله بخلاف رسوله ولو بعلامة منه على الظاهر (قادرا على تسليمها ضمن والا) بأن كان عاجزا أو خاف على نفسه أو ماله بأن كان مدفونا معها ابن ملك (لا) يضمن كطلب الظالم (فلو كانت الوديعة سيفا أراد صاحبه أن يأخذه ليضرب به رجلا فله المنع من الدفع) الى أن يعلم انه ترك الرأى الاول وانه ينتفع به على وجه مباح جواهر (كما لو أودعت امرأة (كتابا فيه اقرار منها للزوج بمال أو بقبض مهرها منه) فله منعه منها لئلا يذهب حق الزوج خانية (ومنه) أى من المنع ظلما (موته) أى موت المودع (مجهلا

على قوله أو حكما (قوله لولده المميز) بشرط أن يكون قادرا على الحفظ بحر عن الخلاصة (قوله ضمن) أى بدفعها له وكذا لو تركه فى بيته الذى فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن بحر عن الخلاصة (قوله فى عياله) الضمير فى عياله الاخير يصح أن يرجع للعيال الاول وبه صرح الشرنبلالى ويصح أن يرجع الى المودع وبه صرح المقدسى وفيه لا يشترط فى الابوين كونهما فى عياله وبه يفتى ولو أودع غير عياله وأجاز المالك خرج من البين ولو وضع فى حرز غيره بلا استئجار يضمن ولو آجر بيتا من داره ودفعها أى الوديعة الى المستأجر ان كان لكل منهما غلق على حدة يضمن وان لم يكن وكل منهما يدخل على صاحبه من غير حشمة لم يضمن وفى سكوتهم عن الدفع لعيال المودع اشارة الى انه لا يملكه ونقل شيخنا اختلافا وترجيح الضمان سائحانى وأراد بشيخنا أبا السعود (فرع) لو قال ادفعها لمن شئت يوصلها الى فدفعها الى امين فضاعت قيل يضمن وقيل لا يضمن تاترخانية سائحانى (فرع) حضرتها الوفاة فدفعت الوديعة الى جارتها فهلكت عند الجارة قال البلخى ان لم يكن بحضرتها عند الوفاة أحد ممن يكون فى عياله لا يضمن كما لو وقع الحريق فى دار المودع له دفعها لاجنبى خانية (قوله وعليه الفتوى) ونقله فى البحر عن النهاية وقال قبله وظاهر المتون أن كون الغير فى عياله شرط واختاره فى الخلاصة (قوله وكان غالبا محيطا) وفى التاترخانية عن التتمة وسئل حميد الوبرى عن مودع وقع الحريق ببيته ولم ينقل الوديعة الى مكان آخر ان مع تمكنه منه فتركها حتى احترقت ضمن اه ومثله ما لو تركها حتى اكلها العث كما يأتى فى النظم ذكر محمد فى حريق وقع فى دار المودع فدفعها الى اجنبى لم يضمن فلو خرج من ذلك ولم يستردها ضمن وتمامه فى نور العين وفى جواهر الفتاوى واذا دفع الوديعة لآخر لعذر فلم يسترد عقب زواله فهلكت عند الثانى لا يضمن لان المودع يضمن بالدفع ولما لم يضمن به للعذر لا يضمن بالترك يدل عليه لو سلمها الى عياله وتركها عندهم لا يضمن للاذن وكذا الدفع هنا ماذون فيه اه ملخصا (قوله أو ألقاها) أى فى السفينة (قوله كلامى الخلاصة الخ) نص الخلاصة اذا علم انه وقع الحريق فى بيته قبل قوله والا فلا وعبارة الهداية انه لا يصدق الا ببينة قال فى المنح ويمكن حمل كلام الهداية على ما اذا لم يعلم بوقوع الحريق فى بيته وبه يحصل التوفيق ومن ثم عولنا عليه فى المختصر ح (قوله كوكيله) فى الخلاصة المالك اذا طلب الوديعة فقال المودع لا يمكننى أن احضرها الساعة فتركها وذهب ان تركها عن رضى فهلكت لا يضمن لانه لما ذهب فقد انشأ الوديعة وان كان عن غير رضى يضمن ولو كان الذى طلب الوديعة وكيل المالك يضمن لانه ليس له انشاء الوديعة بخلاف المالك اه وهذا صريح فى انه يضمن بعدم الدفع الى وكيل المالك كما لا يخفى وفى الفصول العمادية معزيا الى الظهيرية ورسول المودع اذا طلب الوديعة فقال لا ادفع الا للذى جاء بها ولم يدفع الى الرسول حتى هلكت ضمن وذكر فى فتاوى القاضى ظهير الدين هذه المسئلة وأجاب نجم الدين انه يضمن وفيه نظر بدليل أن المودع اذا صدق من ادعى انه وكيل بقبض الوديعة فانه قال فى الوكالة لا يؤمر بدفع الوديعة اليه ولكن لقائل أن يفرق بين الوكيل والرسول لان الرسول ينطق على لسان المرسل ولا كذلك الوكيل ألا ترى انه لو عزل الوكيل قبل علم الوكيل بالعزل لا يصح ولو رجع عن الرسالة قبل علم الرسول صح كذا فى فتاواه اه منح قال محشيه الرملى فى حاشية البحر ظاهر ما فى الفصول انه لا يضمن فى مسئلة الوكيل فهو مخالف للخلاصة ويتراءى لى التوفيق بحمل ما فى الخلاصة على ما اذا قصد الوكيل انشاء الوديعة عند المودع بعد منعه ليدفع له فى وقت آخر وما فى الفصول والتجنيس على ما اذا امتنع ليؤدى الى المودع بنفسه ولذا قال فى جوابه لا ادفع الا للذى جاء بها وتمامه فيها (قوله كطلب الظالم) الظاهر أن المراد بالظالم هنا المالك لان الكلام فى طلبه هو فما بعده مفرع عليه اعنى قوله فلو كانت الخ يدل عليه قول المصنف فى المنح لما فيه من الاعانة على الظلم (فرع) ذكره فى الهامش مرضت الدابة الوديعة فامر المودع انسانا فعالجها ضمن المالك أيهما شاء فلو ضمن المودع لا يرجع على المعالج ولو ضمن المعالج يرجع على المودع علم انها للغير أو لا الا ان قال المودع ليست لى أو لم آمره بذلك فحينئذ لا يرجع كذا فى جامع الفصولين (قوله المودع) بالفتح (قوله مجهلا) أما بتجهيل

المالك فلا ضمان والقول للمودع بيمينه بلا شبهة قال الحانوتي وهل من ذلك الزائد في الرهن على قدر الدين اهـ اقول الظاهر أنه منه لقولهم ما تضمن به الوديعة يضمن به الرهن فاذا مات مجهلا يضمن مازاد وقد أفتيت به رملي ملخصا (قوله فانه يضمن) قال في مجمع الفتاوى المودع أو المضارب أو المستعير أو المستبضع وكل من كان المال بيده امانة اذا مات قبل البيان ولم تعرف الامانة بعينها فانه يكون دينا عليه في تركته لانه صار مستهلكا للوديعة بالتجهيل ومعنى موته مجهلا أن لا يبين حال الامانة كما في الاشباه وقد سئل الشيخ عمر بن نجيم عما لو قال المريض عندي ورقة في الحانوت لفلان ضمنها دراهم لا اعرف قدرها فمات ولم توجد فأجاب بأنه من التجهيل لقوله في البدائع هو أن يموت قبل البيان ولم تعرف الامانة بعينها اهـ قال بعض الفضلاء وفيه تأمل فتأمل ملخصا (قوله الا اذا علم) أى الجهل واذا قال الوارث ردها في حياته أو تلفت في حياته لم يصدق بلا بينة ولو برهن أن المودع قال في حياته رددتها يقبل سائحاني (قوله عنده) أى عند المودع بالفتح وادعى المودع هلاكها والمقصود أن الوارث كالمودع بالفتح فيقبل قوله في الهلاك اذا فسرها فهو مثله الا انه خالفه في مسئلة قال ربها مات المودع مجهلا وقال ورثته كانت قائمة يوم موته ومعروفة ثم هلكت بعد موته صدق ربها هو الصحيح اذ الوديعة صارت دينا في التركة في الظاهر فلا يصدق الورثة ولو قال ورثته ردها في حياته أو تلفت في حياته لا يصدقون بلا بينة لموته مجهلا فتقرر الضمان في التركة ولو برهنوا أن المودع قال في حياته رددتها تقبل اذ الثابت ببينة كالثابت بعيان جامع الفصولين عن الذخيرة (قوله الا اذا الخ) استثناء من قوله والمودع اذا دل ضمن قال ط عن الخلاصة المودع انما يضمن اذا دل السارق على الوديعة اذا لم يمنعه من الاخذ حال الاخذ فان منعه لم يضمن (قوله منعه) أى المودع السارق فأخذ كرها فصولين (قوله سائر الامانات) ومنها الرهن اذا مات المرتهن مجهلا يضمن قيمة الرهن في تركته كما في الانقروى أى يضمن الزائد كما قدمناه عن الرملي وكذا الوكيل اذا مات مجهلا ما قبضه كما يؤخذ مما هنا وبه افتى الحامدي بعد الخيرى وفي اجارة البزازية المستأجر يضمن بالموت مجهلا سائحاني (قوله بالموت) ويكون اسوة للغرماء بيرى على الاشباه (قوله ومفاوض) وكرتهن انقروى كذا في الهامش (قوله على ما في الاشباه) وعبارتها الوصي اذا مات مجهلا فلا ضمان عليه كما في جامع الفصولين والاب اذا مات مجهلا مال ابنه والوارث اذا مات مجهلا ما اودع عند مورثه واذا مات مجهلا لما ألقته الريح في بيته أو لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه واذا مات الصبي مجهلا لما أودع عنده محجورا اهـ ملخصا فهي سبعة وذكر المصنف ثلاثة فهي عشرة (قوله أودع) عبارة الدرر قبض وهي أولى تأمل (قوله غلات الوقف) أقول هكذا وقع مطلقا في الولوالجية والبزازية وقيده قاضي خان بمتولي المسجد اذا أخذ غلات المسجد ومات من غير بيان اهـ اقول أما اذا كانت الغلة مستحقة لقوم بالشرط فيضمن مطلقا بدليل اتفاق كلمتهم فيما اذا كانت الدار وقفا على اخوين غاب أحدهما وقبض الآخر غلتها تسع سنين ثم مات الحاضر وترك وصيا ثم حضر الغائب وطالب الوصي بنصيبه من الغلة قال الفقيه أبو جعفر اذا كان الحاضر الذي قبض الغلة هو القيم الا أن الاخوين آجرا جميعا فكذلك وان آجر الحاضر كانت الغلة كلها له في الحكم ولا يطيب له اهـ كلامه اقول ويلحق بغلة المسجد ما اذا شرط ترك شئ في يد الناظر للعمارة والله تعالى أعلم بيرى على الاشباه قال الحقير وهذا مستفاد من قولهم غلات الوقف وما قبض في يد الوكيل ليس غلة الوقف بل هو مال المستحقين بالشرط قال في الاشباه من القول في الملك وغلة الوقف يملكها الموقوف عليه وان لم يقبل اهـ ملخصا من مجموعة منلا على آخر كتاب الوقف نقل ذلك حيث سئل عن وكيل المتولي اذا مات مجهلا هل يضمن قلت وقد ذكر في البحر في باب دعوى الرجلين أن دعوى الغلة من قبيل دعوى الملك فراجعه وأشرنا اليه ثم فراجعه وبه علم أن اطلاق المصنف والشارح في محل التقييد ويفيده عبارة انفع الوسائل الآتية فتنبه (قوله المصنف) أى في المنح (قوله ابنه) الشيخ صالح (قوله بالفجأة) لعدم تمكنه من البيان فلم يكن حابسا ظالما قلت هذا مسلم لو مات فجأة عقب القبض تأمل (قوله في انفع الوسائل) من انه ان حصل طلب المستحقين وأخر حتى مات مجهلا ضمن وان لم يطلبوا فان محمودا معروفا بالامانة لا يضمن والا ولم يعطهم بلا مانع شرعي ضمن وحاصل الرد أنه مخالف لما عليه أهل المذهب من الضمان مطلقا محمودا اولا وأفتى في الاسماعيلية بضمان الناظر اذا مات بعد ما طلب

فانه يضمن) فتصير دينا في تركته الا اذا علم أن وارثه يعلمها فلا ضمان ولو قال الوارث أنا علمتها وأنكر الطالب ان فسرها وقال هي كذا وأنا علمتها وهلكت صدق هذا وما لو كانت عنده سواء الا في مسئلة وهي أن الوارث اذا دل السارق على الوديعة لا يضمن والمودع اذا دل ضمن خلاصة الا اذا منعه من الاخذ حال الاخذ (كما في سائر الامانات) فانها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل كشريك ومفاوض (الا في) عشر على ما في الاشباه منها (ناظر أودع غلات الوقف ثم مات مجهلا) فلا يضمن قيد بالغلة لان الناظر لو مات مجهلا لمال البدل ضمنه اشباه أى لثمن الارض المستبدلة قلت فلعين الوقف بالاولى كالدراهم[٢] الموقوفة على القول بجوازه قاله المصنف وأقره ابنه في الزواهر وقيد موته بجثا بالفجأة فلو بمرض ونحوه ضمن لتمكنه من بيانها فكان مانعا لها ظلما فيضمن ورد ما بحثه في انفع الوسائل فتنبه

٢ قوله فهي سبعة فيه أن الذي ذكره ستة فقط فاعتبر ذلك بمراجعة الاشباه اهـ مصححه

المستحق

(و) منها (قاض مات مجهلا لاموال اليتامى) زاد فى الاشباه عند من أودعها ولا بد منه لانه لو وضعها فى بيته ومات مجهلا ضمن لانه مودع بخلاف مالو أودع غيره لان للقاضى ولاية ايداع مال اليتيم على المعتمد كما فى تنوير البصائر فليحفظ (و) منها (سلطان أودع بعض الغنيمة عند غاز ثم مات مجهلا) وليس منها مسئلة أحد المتفاوضين على المعتمد لما نقله المصنف هنا وفى الشركة عن وقف الخانية أن الصواب انه يضمن نصيب شريكه بموته مجهلا وخلافه غلط قلت وأقره محشوها فبقى المستثنى تسعة فليحفظ وزاد ٤٩٧ الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية على العشرة تسعة الجد ووصيه ووصى القاضى وستة من المحجورين لان الحجر يشمل سبعة فانه لصغر ورق وجنون وغفلة ودين وسفه وعته والمعتوه كصبى وان بلغ ثم مات لا يضمن الا أن يشهدوا انها كانت فى يده بعد بلوغه لزوال المانع وهو الصبا فان كان الصبى والمعتوه مأذونا لهما ثم ماتا قبل البلوغ والافاقة ضمنا كذا فى شرح الجامع الوجيز قال فبلغ تسعة عشر ونظم عاطفا على بيتى الوهبانية بيتين وهى

وكل امين مات والعين يحصر
وما وجدت عينا فدينا تصير
سوى متولى الوقف ثم مفاوض
ومودع مال الغنم وهو المؤمر
وصاحب دار ألقت الريح مثل ما
لو القاه ملا لشبها ليس يشعر
كذا والد جد وقاض وصيهم
جميعا ومحجور فوارث يسطر

(وكذا لو خلطها المودع) بجنسها أو بغيره (بماله) أو مال آخر ابن كمال (بغير اذن) المالك (بحيث لا تتميز) الا بكلفة كحنطة بشعير ودراهم جياد بزيوف مجتبى (ضمنها) لاستهلاكه بالخلط لكن لا يباح تناولها قبل اداء الضمان وصح الابراء ولو خلطه بردىء ضمنه لانه عيبه وبعكسه شريك

المستحق استحقاقه فنعه منه ظلما ووجهه ظاهر لان الامانة تضمن بالمنع (قوله ومنها قاض) لو قال القاضى فى حياته ضاع مال اليتيم عندى أو قال أنفقتها على اليتيم لاضمان عليه ولو مات قبل أن يقول شيأ كان ضامنا خانية فى الوقف كذا فى الهامش (قوله ضمن) لعل وجه الضمان كونها لا تتخطى الورثة فالغرم بالغنم ويظهر من هذا أن الوصى اذا وضع مال اليتيم فى بيته ومات مجهلا يضمن لان ولايته قد تكون مستمدة من القاضى أو الاب فضمانه بالاولى وفى الخيرية وفى الوصى قول بالضمان سائحانى (قوله وأقره) أى الصواب (قوله محشوها) أى الاشباه (قوله تسعة) باخراج أحد المفاوضين (قوله ووصيه الخ) داخل فى قول الاشباه الوصى الا أن يقال حمله على وصى الاب لبيان التفصيل قصدا للايضاح تأمل (قوله وستة من المحجورين) وهم ماعدا الصغير وانما اسقطه لانه مذكور فى الاشباه ومراده الزيادة على ما فى الاشباه فافهم (قوله يشمل سبعة) لينظر الخارج من السبعة حتى صارت ستة (قوله فانه لصغر) مسئلة الصغير من العشرة التى فى الاشباه الا أن يقال عدها هنا باعتبار قوله وان بلغ ثم مات لا يضمن تأمل ثم ظهر لى أن مراده مجرد عد المحجورين سبعة وأن مراده بستة منهم ماعدا الصغير لانه مذكور فى الاشباه ولذا قال وستة من المحجورين (قوله ودين) بفتح الدال وسكون الياء (قوله كصبى) لعله قصد بهذا التشبيه الاشارة الى ما يأتى عن الوجيز تأمل قال فى تلخيص الجامع أودع صبيا محجورا يعقل ابن اثنتى عشرة سنة ومات قبل بلوغه مجهلا لا يجب الضمان س (قوله وان بلغ) أى الصبى (قوله يحصر) أى يحفظ مفعوله العين قبله (قوله تصير) بالبناء للمجهول (قوله مفاوض) خلاف المعتمد كما قدمه (قوله ومودع) بكسر الدال والمؤمر بتشديد الميم الثانية (قوله لو القاه) بفتح الواو ووصلها باللام (قوله بها) أى بالدار (قوله يشعر) تبع فيه صاحب الاشباه حيث قال بغير علمه واعترضه الحموى بأن الصواب بغير أمره كما فى شرح الجامع اذ يستحيل تجهيل ما لا يعلمه اهـ فكان عليه أن يقول فى النظم ليس يأمر (قوله كذا والد) برفعه وتنوينه كجد (قوله وقاض) بحذف يائه وتنوينه (قوله وصيهم) برفعه (قوله ومحجور) ان كان المراد من المحجور ستة كما قدمه يكن الموجود فى النظم سبعة عشر تأمل (قوله فوارث) اذا مات مجهلا لما اخبره المورث به من الوديعة (قوله وكذا لو خلطها) ولو خلط المتولى ماله بمال الوقف لم يضمن وفى الخلاصة ضمن وطريق خروجه من الضمان الصرف فى حاجة المسجد أو الدفع الى الحاكم منتقى القاضى لو خلط مال صبى بماله لم يضمن وكذا السمسار خلط مال رجل بمال آخر ولو بماله ضمن وينبغى أن يكون المتولى كذلك ولا يضمن الوصى بموته مجهلا ولو خلط بماله ضمن يقول الحقير وقد مر نقلا عن المنتقى أيضا أن الوصى لو خلط ماله بمال اليتيم لم يضمن وفى الوجيز أيضا قال أبو يوسف اذا خلط الوصى مال اليتيم بماله فضاع لا يضمن نور العين أواخر السادس والعشرين وبخط السائحانى عن الخيرية وفى الوصى قول بالضمان اهـ قلت فأفاد أن المرجح عدمه والحاصل أن من لا يضمن بالخلط بماله المتولى والقاضى والسمسار بمال رجل آخر والوصى وينبغى أن الاب كذلك يؤيده ما فى جامع الفصولين لا يصير الاب غاصبا بأخذ مال ولده وله أخذه بلا شىء لو محتاجا والا فلو أخذه لحفظه فلا يضمن الا اذا أتلفه بلا حاجة اهـ بل هو أولى من الوصى تأمل والمراد بقوله ولده الولد الصغير كما قيده فى الفصول العمادية (قوله لا تتميز) فلو كان يمكن الوصول اليه على وجه التيسير كخلط الجوز باللوز والدراهم السود بالبيض فانه لا ينقطع حق المالك اجماعا واستفيد منه أن المراد بعدم التمييز عدمه على وجه التيسير لا عدم امكانه مطلقا بحر (قوله لاستهلاكه) واذا ضمنها ملكها ولا تباح له قبل اداء الضمان ولا سبيل للمالك عليها عند أبى حنيفة ولو أبرأه سقط حقه من العين والدين بحر (قوله خلطه) أى الجيد (قوله شريك) نقل نحوه المصنف عن المجتبى ولعل ذلك فى غير الوديعة أو قول مقابل لما سبق من أن الخلط فى الوديعة يوجب الضمان مطلقا اذا كان لا يتميز ط

لعدمه مجتبى (وان باذنه اشتركا)
شركة املاك (كما لو اختلطت بغير
صنعه) كأن انشق الكيس لعدم
التعدى ولو خلطها غير المودع
ضمن الخالط ولو صغيرا ولا يضمن
أبوه خلاصة (ولو أنفق بعضها
فرد مثله فخلطه بالباقى) خلطا
لا يتميز معه (ضمن) الكل لخلط ماله
بها فلو تأتى التميز أو أنفق ولم يرد أو
أودع وديعتين فأنفق احداهما
ضمن ما أنفق فقط مجتبى وهذا اذا
لم يضره التبعيض (واذا تعدى
عليها) فلبس ثوبها أو ركب دابتها
أو أخذ بعضها (ثم) ردّ عينه الى يده
حتى (زال التعدى زال) ما يؤدى
الى (الضمان) اذا لم يكن من نيته
العود اليه اشباه من شروط النية
(بخلاف المستعير والمستأجر) فلو
أزالا لم يبرأ لعملهما لانفسهما
بخلاف مودع ووكيل بيع أو حفظ
أو اجارة أو استئجار ومضارب
ومستبضع وشريك عنان أو
مفاوضة ومستعير لرهن اشباه
والحاصل أن الامين اذا تعدى
ثم ازاله لا يزول الضمان الا فى هذه
العشرة لان يده كيد المالك ولو
كذبه فى عوده للوفاق فالقول له
وقيل للمودع عمادية (و) بخلاف
(اقراره بعد جحوده) أى جحود
الايداع حتى لو ادعى هبة أو بيعا لم
يضمن خلاصة وقيد بقوله (بعد
طلب ربها) ردها فلو سأله عن
حالها فجحدها فهلكت لم يضمن
بحر وقيد بقوله (ونقلها من
مكانها وقت الانكار) أى حال
جحوده لانه لو لم ينقلها وقته فهلكت

(قوله لعدمه) أى التعيب المفهوم من عيبه (قوله بغير صنعه) فان هلك هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما كالمال المشترك بحر (قوله غير المودع) سواء كان اجنبيا أو من فى عياله بحر عن الخلاصة (قوله فرد مثله) ابن سماعة عن محمد فى رجل أودع رجلا الف درهم فاشترى بها ودفعها ثم استردها بهبة أو شراء وردها الى موضعها فضاعت لم يضمن وروى عن محمد أو قضاها غريم بأمر صاحب الوديعة فوجدها زيوفا فردها على المودع فهلكت ضمن تاترخانية (قوله الكل) البعض بالانفاق والبعض بالخلط س بحر (قوله التميز) اى كخلط الدراهم السود بالبيض أو الدراهم بالدنانير فانه لا يقطع حق المالك بالاجماع مسكين س (قوله ولم يرد) بتشديد الدال (قوله أو أودع) بضم الهمزة (قوله وهذا) مرتبط بقوله أو انفق ولم يرد كما فى البحر قال ط ولم أر فيما اذا فعل ذلك فيما يضره التبعيض هل يضمن الجميع أو ما اخذ ونقصان ما بقى فيحرر (قوله التبعيض) كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون (قوله اشباه) عبارتها ان المودع اذا تعدى ثم زال التعدى ومن نيته أن يعود اليه لا يزول التعدى اهـ كذا فى الهامش (قوله من شروط النية) وذكره هنا فى البحر عن الظهيرية قال حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه أن يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان (قوله والمستأجر) مستأجر الدابة أو المستعير لو نوى أن لا يردها ثم ندم لو كان سائرا عند النية ضمن لو هلكت بعد النية أما لو كان واقفا اذا ترك نية الخلاف عاد أمينا جامع الفصولين (قوله فلو أزالا) أى التعدى (قوله بخلاف مودع الخ) ولو مأمورا بحفظ شهر فمضى شهر ثم استعملها ثم ترك الاستعمال وعاد الى الحفظ ضمن اذ عاد والامر بالحفظ قد زال جامع الفصولين (قوله ووكيل) بأن استعمل ما وكل ببيعه ثم ترك وضاع لا يضمن (قوله أو اجارة) بأن وكله ليؤجر أو يستأجر له دابة فركبها ثم ترك (قوله أو مفاوضة) أما شريك الملك فانه اذا تعدى ثم ازال التعدى لا يزول الضمان كما هو ظاهر لما تقرر أنه اجنبى فى حصة شريكه فلو أعار دابة الشركة فتعدى ثم ازال التعدى لا يزول الضمان ولو كانت فى نوبته على وجه الحفظ فتعدى ثم ازاله يزول الضمان وهى واقعة الفتوى سئلت عنها فأجبت بما ذكرت وان لم أرها فى كلامهم للعلم بها مما ذكر اذ هو مودع فى هذه الحالة وأما استعمالها بلا اذن الشريك فهى مسئلة مقررة مشهورة عندهم بالضمان ويصير غاصبا رملى على المنح (قوله ومستعير لرهن) أى اذا استعار عبدا ليرهنه أو دابة فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال مثل القيمة ثم قضى المال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنها منح وهذه المسئلة مستثناة من قوله بخلاف المستعير كما فى البحر (قوله ثم ازاله) أى التعدى (قوله فى عوده للوفاق الخ) عبارة نور العين عن مجمع الفتاوى وكل امين خالف ثم عاد الى الوفاق عاد أمينا كما كان الا المستعير والمستأجر فانهما بقيا ضامنين اهـ وهى أولى تدبر (قوله له) أى للمالك (قوله للمودع) بفتح الدال لانه ينفى الضمان عنه (قوله هبة الخ) أى انه وهبها منه أو باعها له (قوله بعد طلب) متعلق بجحوده (قوله ربها) أفاد فى الخانية أن طلب امرأة الغائب وجيران اليتيم من الوصى لينفق عليه من ماله كذلك سائحانى ومثله فى التاترخانية (قوله وقت الانكار) ظاهره انه متعلق بنقلها وهو مستبعد الوقوع وعبارة الخلاصة وفى غصب الاجناس انما يضمن اذا نقلها عن موضعها الذى كانت فيه حال الجحود وان لم ينقلها وهلكت لا يضمن اهـ وهو ظاهر وعليه فهو متعلق بقوله مكانها وفى المنتقى لو كانت العارية مما يحول يضمن بالانكار وان لم يحولها وذكر شيخنا عن الشرنبلالية انه لو جحدها ضمن ولو لم تحول يؤيده قول البدائع ان العقد ينفسخ بطلب المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فبقى مال الغير فى يده بغير اذنه فيكون مضمونا فاذا هلك تقرر الضمان سائحانى وفى التاترخانية عن الخانية ذكر الناطفى اذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبها يكون ذلك فسخا للوديعة حتى لو نقلها المودع من المكان الذى كانت فيه حالة الجحود يضمن وان لم ينقلها من ذلك المكان بعد الجحود فهلكت لا يضمن اهـ فتأمل (قوله خلاصة) لم يقتصر فى الخلاصة على هذا بل نقله عن غصب الاجناس ثم قال بعده وفى المنتقى اذا كانت الوديعة والعارية مما يحول يضمن بالجحود وان لم يحولها اهـ وذكر الرملى الظاهر أنه أى ما فى الاجناس قول لم يظهر لاصحاب

لم يضمن خلاصة وقيد بقوله (وكانت) الوديعة (منقولا) لان العقار لا يضمن بالجحود عندهما خلافا لمحمد فى الاصح غصب الزيلعى وقيد بقوله (ولم يكن هنالك من يخاف منه عليها) فلو كان لم يضمن لانه من باب الحفظ وقيد بقوله (ولم يحضرها بعد جحودها) لانه لو جحدها ثم احضرها فقال له ربها دعها وديعة فان امكنه أخذها لم يضمن لانه ايداع جديد والا ضمنها لانه لم يتم الرد اختيار وقيد بقوله (لمالكها) لانه لو جحدها لغيره لم يضمن لانه من الحفظ فاذا تمت هذه الشروط لم يبرأ باقراره الا بعقد جديد ولم يوجد (ولو جحدها ثم ادعى ردها بعد ذلك وبرهن عليه قبل) وبرئ (كما لو برهن انه ردها قبل الجحود وقال غلطت فى الجحود أو نسيت أو ظننت انى دفعتها) قبل برهانه ولو ادعى هلاكها قبل جحوده حلف المالك ما يعلم ذلك فان حلف ضمنه وان نكل برئ وكذا العارية منهاج ويضمن قيمتها يوم الجحود ان علم والا فيوم الايداع عمادية بخلاف مضارب جحد ثم اشترى لم يضمن خانية (و) المودع (له السفر بها) ولو لها حمل درر (عند عدم نهى المالك و) عدم (الخوف عليها) بالاخراج فلو نهاه أو خاف فان له بد من السفر ضمن والا فان سافر بنفسه ضمن وبأهله لا اختيار (ولو أودعا شيأ) مثليا أو قيميا (لم) يجز أن (يدفع المودع الى أحدهما حظه فى غيبة صاحبه) ولو دفع هل يضمن فى الدرر نعم وفى البحر الاستحسان لا فكان هو المختار (فان أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه) كمرتهنين ومستبضعين ووصيين وعدلى رهن ووكيلى شراء (ولو دفعه) أحدهما (الى صاحبه ضمن) الدافع (بخلاف ما لا يقسم) لجواز حفظ أحدهما باذن الآخر (ولو قال لا تدفع الى عيالك أو احفظ فى هذا البيت فدفعها الى ما لا بد منه أو حفظها فى بيت آخر من الدار فان كانت بيوت الدار مستوية فى الحفظ) أو أحرز (لم يضمن والا ضمن) لان التقييد مفيد (ولا يضمن مودع المودع) فيضمن الاول فقط ان هلكت بعد مفارقته وان قبلها لا ضمان ولو قال المالك هلكت عند الثانى وقال بل ردها وهلكت عندى

المتون صحته فلم ينظروا اليه فراجع المطوّلات يظهر لك ذلك (قوله لمالكها) أو وكيله كما فى التاترخانية (قوله ولو جحدها الخ) ولو قال ليس له علىّ شئ ثم ادعى الرد أو الهلاك يصدق ولو قال لم يستودعنى ثم ادعى الرد او الهلاك لا يصدق بحر وكأن وجه الاول أن على للدين فلم يكن منكرا للوديعة تأمل وفى جامع الفصولين طلبها ربها فقال اطلبها غدا فقال فى الغد تلفت قبل قولى اطلبها غدا ضمن لتناقضه لا بعده طلبها فقال اعطيتكها ثم قال لم اعطكها ولكن تلفت ضمن ولم يصدق للتناقض ثم قال وكل فعل يغرم به المودع يغرم به المرتهن (قوله كما لو برهن الخ) هكذا نقله فى الخانية والخلاصة ونقل فى البحر عن الخلاصة انه لا يصدق لكن فى عبارته سقط ويدل عليه أن الكلام فى البينة لا فى مجرد الدعوى حتى يقال لا يصدق وقد راجعت الخلاصة وكتبت السقط على هامش البحر فتنبه (قوله أنى دفعتها) بفتح همزة أنى وكسر نونها مشددة أى عند الايداع (قوله ان علم) الاصوب علمت أى القيمة ونقل فى المنح قبله عن الخلاصة ضمان القيمة يوم الايداع بدون تفصيل لكنه متابع فى النقل عن الخلاصة لصاحب البحر وفيما نقله سقط فان ما رأيته فى الخلاصة موافق لما فى العمادية فتنبه (قوله فيوم) بنصبه مضافا للايداع (قوله جحد) أى قال لرب المال لم تدفع الىّ شيأ (قوله اشترى) يعنى بعد ما أقرّ ورجع عن الجحود بأن قال بلى قد دفعت الىّ بخلاف ما لو أقرّ بعد الشراء فيضمن والمبتاع له منح عن الخانية (قوله فان له) بتسكين النون (قوله وبأهله لا) وأجمعوا على انه لو سافر بها فى البحر يضمن قاله الاسبيجابى كذا فى العينى مدنى (قوله مثليا أو قيميا) وخلافهما فى الاول قياس على الدين المشترك بحر (قوله لم يجز) قدره بناء على ما سيأتى من انه لو دفع لم يضمن فلم يبق المراد بنفى الدفع الا عدم الجواز وسيأتى ما فيه وفى البحر وأشار بقوله لم يدفع الى انه لا يجوز له ذلك حتى لا يأمره القاضى بدفع نصيبه اليه فى قول أبى حنيفة وأما انه لو دفع لا يكون قسمة اتفاقا حتى اذا هلك الباقى رجع صاحبه على الآخذ بحصته والى أن لاحدهما أن يأخذ حصته منها اذا ظفر بها (قوله المودع) بفتح الدال (قوله الى أحدهما) أى احد المودعين بكسر الدال (قوله فى غيبة صاحبه) عند أبى حنيفة رحمه الله وهو مروى عن علىّ رضى الله عنه وقالا له ذلك لانه طلب نصيبه كما لو حضرا وبه قالت الثلاثة وان كانت الوديعة من غير ذوات الامثال ليس له ذلك اجماعا قاله العينى وفى الدرر قيل الخلاف فى المثليات والقيميات معا والصحيح انه فى المثليات فقط اهـ فتبين أن ما فى المتن والشرح غير الصحيح المجمع عليه شيخنا القاضى عبد المنعم مدنى قال الفقير محمد البيطار وأظن أن هذه القولة رجع عنها المؤلف لانه شطب عليها شطبا لا يظهر جدا ورأيتنى انى لا اكتبها لكن وقع فى قلبى شئ فأحببت كتابتها والتنبيه عليها فاعلمه بالمراجعة وفى الهامش وفى الدر المنتقى لو دفع المودع الى الحاضر نصفها ثم هلك ما بقى وحضر الغائب قال ابو يوسف رحمة الله عليه ان كان الدفع بقضاء فلا ضمان على أحد وان كان بغير قضاء فان الذى حضر يتبع الدافع بنصف ما دفع ويرجع به الدافع على القابض وان شاء اخذ من القابض نصف ما قبض كذا فى الذخيرة فتاوى الهندية من الباب الثانى فى الوديعة فأفاد أن المودع لو دفع الكل لاحدهما بلا قضاء وضمنه الآخر حصته من ذلك فله الرجوع بما ضمنه على القابض اهـ (قوله هو المختار) قال المقدسى مخالف لما عليه الائمة الاعيان بل غالب المتون عليه متفقون وقال الشيخ قاسم اختار النسفى قول الامام والمحبوبى وصدر الشريعة أبو السعود عن الحموى (قوله ضمن الدافع) أى النصف فقط كما فى الاصلاح وقوله الدافع أى لا القابض لانه مودع المودع بحر (قوله لا بد منه) اشار الى انه لا بد أن تكون الوديعة مما يحفظ فى يد من منعه حتى لو كانت فرسا منعه من دفعها الى امرأته أو عقد جوهر منعه من دفعه الى غلامه فدفع ضمن بحر (قوله والا ضمن) كما اذا كان ظهر البيت المنهى عنه الى السكة بحر (قوله فقط) أى فى ايداع قصدى قال فى جامع الفصولين دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدى الثيابى

لم يصدق وفى الغصب منه يصدق لانه امين سراجية وفى المجتبى القصار اذا غلط فدفع ثوب رجل لغيره فقطعه فكلاهما ضامن

وعن محمد أصاب الوديعة شئ فأمر المودع رجلا ليعالجها فعطبت من ذلك فلربها تضمين من شاء لكن ان ضمن المعالج رجع على الاول ان لم يعلم انها لغيره والا لم يرجع اه (بخلاف مودع الغاصب) فيضمن اياشاء واذا ضمن المودع رجع على الغاصب وان علم على الظاهر درر خلافا لما نقله القهستانى والباقانى والبرجندى وغيرهم فتنبه (معه ألف ادّعى رجلان كل منهما انه له أودعه اياه فنكل عن الحلف لهما فهو لهما وعليه ألف آخر بينهما) ولو حلف لاحدهما ونكل للآخر فالالف لمن نكل له (دفع الى رجل ألفا وقال ادفعها اليوم الى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن) اذ لا يلزمه ذلك (كما لو قال له احمل الىّ الوديعة فقال أفعل ولم يفعل حتى مضى اليوم) وهلكت لم يضمن لان الواجب عليه التخلية عمادية (قال) رب الوديعة (للمودع ادفع الوديعة الى فلان فقال دفعت وكذبه) فى الدفع (فلان وضاعت الوديعة (صدق المودع مع يمينه) لانه امين سراجية (قال) المودع ابتداء (لا ادرى كيف ذهبت لا يضمن على الاصح كما لو قال ذهبت ولا ادرى كيف ذهبت) فان القول قوله بخلاف قوله لا ادرى اضاعت ام لم تضع أو لا ادرى وضعتها أو دفنتها فى دارى أو موضع آخر فانه يضمن ولو لم يبين مكان الدفن لكنه قال سرقت من المكان المدفون فيه لا يضمن وتمامه فى العمادية

قال خ ضمن لايداع المودع وقال صط لا يضمن لان الايداع ضمنى وانما يضمن بايداع قصدى اه ولو أودع بلا اذن ثم اجاز المالك خرج الاول من البين بحر عن الخلاصة (قوله لم يصدق) لانه اقر بوجوب الضمان عليه ثم ادّعى البراءة فلا يصدق الا ببينة جامع الفصولين (قوله وفى الغصب الخ) أى اذا غصبت من الوديع فادّعى الوديع الرد يصدق اذ لم يفعل الوديع ما يوجب الضمان فهو على ما كان امين عند الرد وقبله وبعده بخلاف دفعه للاجنبى لانه موجب للضمان سائحانى (فرع) دفع الى رجل ألف درهم وقال ادفعها الى فلان بالرى فمات الدافع فدفع المودع المال الى رجل ليدفعه الى فلان بالرى فأخذ فى الطريق لا يضمن المودع لانه وصى الميت فلو كان الدافع حيا ضمن المودع لانه وكيل الا أن يكون الآخر فى عياله فلا يضمن حينئذ خانية برهن عليه انه دفع اليه عشرة فقال دفعته الىّ لادفعه الى فلان فدفعت يصح الدفع بزازية من الدعوى (قوله على الاول) فى جامع الفصولين ولو ضمن المعالج رجع على المودع علم انها للغير أو لا الا ان قال المودع ليست لى ولم أومر بذلك فحينئذ لا يرجع اه تأمل (فرع) ولو قال وضعتها بين يدىّ وقمت ونسيتها فضاعت يضمن ولو قال وضعتها بين يدىّ فى دارى والمسئلة بحالها ان مما لا يحفظ فى عرصة الدار كصرة النقدين يضمن ولو كان مما تعد عرصتها حصنا له لا يضمن بزازية وخلاصة وفصولين وذخيرة وخانية وظاهره انه يجب حفظ كل شئ فى حرز مثله تامل لكن تقدم فى السرقة أن ظاهر المذهب كل ما كان حرزا لنوع فهو حرز لكل الانواع فيقطع بسرقة لؤلؤة من اصطبل تأمل وقد يفرق بين الحرز فى السرقة والحرز فى الوديعة وذلك أن المعتبر فى قطع السارق بتلك الحرز وذلك لا يتفاوت باعتبار المحرزات والمعتبر فى ضمان المودع التقصير فى الحفظ ألا ترى انه لو وضعها فى داره الحصينة وخرج وكانت زوجته غير أمينة يضمن ولو أحد سرقها يضمن لان الدار حرز وانما ضمن للتقصير فى الحفظ ولو وضعها فى الدار وخرج والباب مفتوح ولم يكن فى الدار أحد أو فى الحمام أو المسجد أو الطريق أو نحو ذلك وغاب يضمن مع انه لا يقطع سارقها ونظائر هذا كثيرة فاذا اعتبرنا هنا الحرز المعتبر فى السرقة لزم أن لا يضمن فى هذه المسائل ونحوها فيلزم مخالفة ما أطبقوا عليه فى هذا الباب فظهر يقينا صحة ما قلنا من الفرق والله أعلم وبه ظهر جواب حادثة وهى أن مودعا وضع بقجة شال غالية الثمن فى اصطبل الخيل فسرقت والجواب انه يضمن وان قطع سارقها والله تعالى أعلم (قوله بخلاف مودع الغاصب) والفرق بينهما على قول أبى حنيفة أن مودع الغاصب غاصب لعدم اذن المالك ابتداء وبقاء (قوله درر) وجزم به فى البحر (قوله فنكل عن الحلف) صور هذه المسئلة ستة اقر لهما نكل لهما حلف لهما أقر لاحدهما ونكل للآخر أو حلف نكل لاحدهما وحلف للآخر سائحانى (قوله ولو حلف الخ) اشار الى أن المودع يحلف اذا انكر الايداع كما اذا ادّعى الرد أو الهلاك اما لنفى التهمة أو لانكاره الضمان والى انه لو حلف لا شئ عليه لهما والى أن للقاضى أن يبدأ بأيهما شاء والاولى القرعة والى انه لو نكل للاول يحلف للثانى ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة بنفسه وتمامه فى البحر (قوله ونكل للآخر) فى التحليف للثانى يقول بالله ما هذه العين له ولا قيمتها لانه لما اقر بها للاول ثبت له الحق فيها فلا يفيد اقراره فيها للثانى فلو اقتصر على الاول لكان صادقا بحر له على رجل دين فأرسل الدائن الى مديونه رجلا ليقبضه فقال المديون دفعته الى الرسول وقال دفعته الى الدائن وأنكر الدائن فالقول قول الرسول مع يمينه والذى فى نور العين فالقول للمرسل بيمينه تأمل قال الدائن ابعث الدين مع فلان فضاع من يد الرسول ضاع من المديون بزازية (قوله وضاعت) يعنى غابت ولم تظهر ولا حاجة اليه شيخنا (قوله على الاصح) مقتضاه أن الاجير المشترك لا يضمن لكن افتى الخير الرملى بالضمان وعزاه فى حاشية الفصولين الى البزازية معللا بأنه تضييع فى زماننا تأمل (قوله بخلاف الخ) هذا مخالف لما فى جامع الفصولين ونور العين وغيرهما من انه لا يضمن وهكذا رأيته فى نسختى المنح لكن لفظة لا ملحقة بين الاسطر وكأنها ساقطة من النسخ فنقلها الشارح هكذا فتنبه (فرع) فى الهامش وفى النوازل مر بمال اليتيم على ظالم وخاف ان لم يهد اليه هدية أن يأخذه كله لا يضمن وكذا المضارب والمشايخ اخذوا بهذا القول انقروى وفى فتاوى النسفى أنفق الوصى على باب القاضى يضمن ما اعطى على وجه الرشوة لا على وجه الاجارة اذا لم يزد على اجر المثل انقروى اه (قوله فانه يضمن) قاضى خان قال وضعتها فى دارى فنسيت المكان لا يضمن ولو قال وضعتها فى مكان حصين فنسيت الموضع ضمن لانه جهل الامانة كما لو

مات

مات مجهلا صح وقيل لايضمن كقوله ذهبت ولا ادرى كيف ذهبت ولو قال دفنت فى دارى أو فى موضع آخر ضمن ولو لم يبين مكان الدفن ولكنه قال سرقت من مكان دفنت فيه لم يضمن ولو دفنها فى الارض يبرأ لو جعل هنالك علامة والا فلا وفى المفازة ضمن مطلقا ولو دفنها فى الكرم يبرأ لو حصينا بأن كان له باب مغلق ولو وضعها بلا دفن برئ لو موضعا لا يدخل فيه أحد بلا اذن توجهت اللصوص نحوه فى مفازة فدفنها حذرا فلما رجع لم يظفر بمحل دفنه لو امكنه أن يجعل فيه علامة ولم يفعل ضمن وكذا لو امكنه العود قريبا بعد زوال الخوف فلم يعد ثم جاء ولم يجدها الا لو دفنها باذن ربها فظاهر وضعها فى زمان الفتنة فى بيت خراب ضمن لو ودعها على الارض لا لو دفنها نور العين (قوله ماله كله) أما لو خاف اخذ ماله ويبقى قدر الكفاية يضمن فصولين (قوله ولو أنفق الخ) ولو لم ينفق عليها المودع بالفتح حتى هلكت يضمن لكن نفقتها على المودع بالكسر منلا على حاوى الزاهدى (قوله على المنارة) فيما لو كانت المنارة وديعة (قوله ابدا) أى ما لم يقر الوارث بالاداء (قوله الى الوارث) ظاهره سواء كان الدين مستغرقا لما دفعه اولا وسواء كان الدين مستغرقا اولا والظاهر أن يقيد عدم البراءة بما اذا كان الدين مستغرقا لما دفعه والوارث غير مؤتمن كما قيده بهما فى المودع اذا دفع الوديعة للوارث حموى (قوله وديعة العبد) تاجرا كان أو محجورا عليه دين أولا وهذا ان لم يعلم أن الوديعة كسب العبد فلو علم فله أخذها وكذا لو علم انها للمولى تاترخانية (قوله قات) القول لصاحب الاشباه قاله فى الهامش (قوله مقرضا) أى نصفه (قوله ومقارضا) أى مضاربا نصفه كذا فى الهامش (قوله وربح) مضبوط بالقلم بفتح الراء (قوله قراضا) أى مضاربة كذا فى الهامش (قوله فالقول قوله) أى قول رب المال قال فى الهامش واذا أقاما البينة فالبينة بينة العامل وان هلك المال فى يد المضارب بعد ما اختلفا فالعامل ضامن جميع ما فى يده لرب المال عمل أو لم يعمل شرح وهبانية لابن الشحنة (قوله يضمن المتأخر) مفهومه انهم اذا قاموا جملة ضمنوا وبه صرح قاضى خان ويظهر لى أن كل ما لا يقدم كذلك سائحانى قال فى الهامش ولو ترك واحد القوم وديعة وقام الكل دفعة وتركوها ولم يأخذها واحد منهم ضمنها الكل ابن الشحنة (قوله فعث) بالمثلثة (قوله ولم يعلم الخ) الواو بمعنى أو وبضم ياء يعلم كذا فى الهامش (قوله وينبغى) البحث للطرسوسى حيث قال وينبغى أن يكون فيها التفصيل لان الامر دائر بين الاعلام للمودع أو السد بدونه وهو موجود وارتضاه ابن الشحنة وأقره الشرنبلالى (فروع) ربطها فى طرف كمه أو عمامته أو شدها فى منديل ووضعه فى كمه أو ألقاها فى جيبه ولم تقع فيه وهو يظن انها وقعت فيه لا يضمن * خرج وترك الباب مفتوحا ضمن لو لم يكن فى الدار أحد ولم يكن فى مكان يسمع حس الداخل * جعلها فى الكرم فلو له حائط بحيث لا يرى المارة ما فى الكرم لا يضمن اذا أغلق الباب والا ضمن * سوقى قام الى الصلاة وفيه ودائع لم يضمن اذ جيرانه يحفظونه وليس بايداع المودع لكنه مودع لم يضيع وذكر الشارح ما يدل على الضمان فليتأمل عند الفتوى جامع الفصولين وفى البزازية والحاصل أن العبرة للعرف اه غاب رب الوديعة ولا يدرى اهو حى أم ميت يمسكها حتى يعلم موته ولا يتصدق بها بخلاف اللقطة وان أنفق عليها بلا أمر القاضى فهو متطوع ويسأله القاضى البينة على كونها وديعة عنده وعلى كون المالك غائبا فان برهن فلو مما يؤجر ينفق عليها من غلتها أمره به أو لا يأمره بالانفاق يوما أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك لا أكثر بل يأمره بالبيع وامساك الثمن وان أمره بالبيع ابتداء فلصاحبها الرجوع عليه به اذا حضر لكن فى الدابة يرجع بقدر القيمة لا بالزيادة وفى العبد بالزيادة على القيمة بالغة ما بلغت ولو اجتمع من ألبانها شئ كثير أو كانت أرضا فأثمرت وخاف فساده فباعه بلا أمر القاضى فلو فى المصر أو فى موضع يتوصل الى القاضى قبل أن يفسد ذلك ضمن تاترخانية من العاشر فى المتفرقات (تتمة) فى ضمان المودع بالكسر فى قاضى خان مودع جعل فى ثياب الوديعة ثوبا بالنفسه فدفعها الى ربها ونسى ثوبه فيها فضاع عنده ضمنه لانه أخذ ثوب الغير بلا اذنه والجهل فيه لا يكون عذرا قال فى نور العين ينبغى أن تقيد المسئلة بما لو كان غير عالم ثم علم بذلك وضاع عنده والا فلا سبب للضمان أصلا فالظاهر أن قوله والجهل فيه لا يكون عذرا ليس على اطلاقه والله أعلم اه ملخصا

(فروع) هدد المودع أو الوصى على دف
المال ان خاف تلف نفسه أو عضوه فدفع
وان خاف الحبس أو القيد ضمن وان خشى
ماله كله فهو عذر كما لو كان الجابر هو ا
بنفسه فلا ضمان عمادية * خيف على
الفساد رفع الامر للحاكم ليبيعه ولو لم ير
٢ فسد فلا ضمان ولو أنفق عليها بلا امر قا
متبرع * قرأ من مصحف الوديعة أو ازه
حالة القراءة لا ضمان لان له ولاية هذا ا
صيرفية قال وكذا لو وضع السراج على
وفيها أودع صكا وعرف اداء بعض الح
الطالب وأنكر الوارث الاداء حبس المود
أبدا وفى الاشباه لا يبرأ مديون الميت بد
الى الوارث وعلى الميت دين * ليس للسي
وديعة العبد * العامل لغيره امانة لا اجر له ا
٣ والناظر اذا عمل فعله فعلم منه أن لا أج
فى المسقف اذا أحيل عليه المستحقون
وفى الوهبانية
ودافع ألف مقرضا ومقارضا
وربح القراض الشرط جا
وان يدعى ذو المال قرضا وخصمه
قراضا فرب المال قد قب
وفى العكس بعد الربح فالقول قوله
كذلك فى الابضـ
وان قال قد ضاعت من البيت وحدها
٤ يصح ويستحلف فقـ
وتارك فى قوم لامر صحيفة
فراحوا وراحت يضمـ
وتارك نشر الصوف صيفا فعث لم
يضمن وقرض الفأر بالعـ
اذا لم يسد النقب من بعد علمه
ولم يعلم الملاك ما
قلت بقى لو سده مرة فقصه الفار وأفسد
وينبغى تفصيله كما مر فتدبر

٢ قوله فظاهر هكذا فى النسخة المجموع منها صوابه فضاعت تأمل اه مصححه
٣ قوله مضبوط بالقلم الخ فيه توقف فليتأ
٤ قوله وفيه ودائع هكذا فى الاصل ولعله ودائع أو وفى حانوته مثلا وليحرر اه مـ

(كتاب العارية) اخرها عن الوديعة لان فيها تمليكا وان اشتركا فى الامانة ومحاسنها النيابة عن الله تعالى فى اجابة المضطر لانها لا تكون الا لمحتاج كالقرض فلذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر (هى) لغة مشددة وتخفف اعارة الشئ قاموس وشرعا (تمليك المنافع مجانا) أفاد بالتمليك لزوم الايجاب والقبول ولو فعلا وحكمها كونها أمانة وشرطها قابلية المستعار للانتفاع وخلوها عن شرط العوض لانها تصير اجارة وصرح فى العمادية بجواز اعارة المشاع وايداعه وبيعه يعنى لان جهالة العين لا تفضى للجهالة لعدم لزومها وقالوا علف الدابة على المستعير وكذا نفقة العبد أما كسوته فعلى المعير وهذا اذا طلب ٥٠٢ الاستعارة فلو قال المولى خذه واستخدمه من غير أن يستعيره فنفقته على المولى أيضا لانه وديعة (وتصح بأعرتك) لانه صريح (واطعمتك أرضى) أى غلتها لانه صريح مجازا من اطلاق اسم المحل على الحال (ومنحتك) بمعنى اعطيتك [٢] (ثوبى أو جاريتى هذه وحملتك على دابتى هذه اذا لم يرد به) بمنحتك وحملتك (الهبة) لانه صريح فيفيد العارية بلا نية والهبة بها أى مجازا (وأخدمتك عبدى) وآجرتك دارى شهرا مجانا (ودارى) مبتدأ (لك) خبر (سكنى) تمييز أى بطريق السكنى (و) دارى لك (عمرى) مفعول مطلق أى اعمرتها لك عمرى (سكنى) تمييزه يعنى جعلت سكناها لك مدة عمرك (و) لعدم لزومها (يرجع المعير متى شاء) ولو موقتة أو فيه ضرر فتبطل وتبقى العين بأجر المثل كمن استعار امة لترضع ولده وصار لا يأخذ الا ثديها فله اجر المثل الى الفطام وتمامه فى الاشباه وفيها معزيا للقنية تلزم العارية فيما اذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشترى رفعها وقيل نعم الا اذا شرطه وقت البيع

(كتاب العارية)

(قوله مشددة) كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب صحاح ورده فى النهاية بأنه صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان العار فى طلبها لما باشرها وقوله على ما فى المغرب من انها اسم من الاعارة وأخذها من العار العيب خطأ اه وفى المبسوط من التعاور وهو التناوب كما فى البحر وتخفف قال الجوهرى منسوبة الى العار ورده الراغب بأن العار يائى والعارية واوى وفى المبسوط انها من العرية تمليك الثمار بلا عوض ورده المطرزى لانه يقال استعاره منه فأعاره واستعاره الشئ على حذف من والصواب أن المنسوب اليه العارة اسم من الاعارة ويجوز أن تكون من التعاور التناوب قهستانى ملخصا (قوله تمليك) فيه رد على الكرخى القائل بأنها اباحة وليست بتمليك ويشهد له انعقادها بلفظ التمليك وجواز أن يعير ما لا يختلف بالمستعمل والمباح له لا يبيح لغيره وانعقادها بلفظ الاباحة لانه استعير للتمليك بحر (قوله ولو فعلا) أى كالتعاطى كما فى القهستانى وهذا مبالغة على القبول وأما الايجاب فلا يصح به وعليه يتفرع ما سيأتى قريبا من قول المولى خذه واستخدمه والظاهر أن هذا هو المراد بما نقل عن الهندية ركنها الايجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بشرط عند أصحابنا الثلاثة اه أى القبول صريحا غير شرط بخلاف الايجاب ولهذا قال فى التاترخانية ان الاعارة لا تثبت بالسكوت اه والا لزم أن لا يكون اخذها قبولا (قوله بجواز اعارة المشاع) اعارة الجزء الشائع تصح كيفما كان فى التى تحتمل القسمة أو لا تحتملها من شريك أو أجنبى وكذا اعارة الشئ من اثنين اجمل أو فصل بالتنصيف أو بالاثلاث قنية (قوله وبيعه) وكذا اقراضه كما مر وكذا ايجاره من الشريك لا الاجنبى وكذا وقفه عند أبى يوسف خلافا لمحمد فيما يحتمل القسمة والا فجائز وتمامه فى اوائل هبة البحر فراجعه (قوله لان جهالة الخ) أفاد أن الجهالة لا تفسدها قال فى البحر والمراد بالجهالة جهالة المنافع المملكة لا جهالة العين المستعارة بدليل ما فى الخلاصة لو استعار من آخر حمارا فقال ذلك الرجل لى حماران فى الاصطبل فخذ أحدهما واذهب فأخذ أحدهما وذهب به يضمن اذا هلك ولو قال خذ أحدهما أيهما شئت لا يضمن (قوله للجهالة) وفى بعض النسخ للمنازعة (قوله لانه وديعة) أى اباح له بها الانتفاع (قوله لانه صريح) أى حقيقة قال قاضى زاده الصريح عند علماء الاصول ما انكشف المراد منه فى نفسه فيتناول الحقيقة غير المهجورة والمجاز المتعارف اه فالاول اعرتك والثانى اطعمتك ارضى ط (قوله لانه صريح) هذا ظاهر فى منحتك أما حملتك فقال الزيلعى انه مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية اخرى فاذا نوى أحدهما صحت نيته وان لم تكن له نية حمل على الادنى كيلا يلزمه الاعلى بالشك اه وهذا يدل على انه من المشترك بينهما لكن انما اريد به العارية عند التجرد عن النية لئلا يلزمه الاعلى بالشك ط وانظر ما كتبناه على البحر عن الكفاية ففيه الكفاية (قوله بها) أى بالنية (قوله شهرا) فلو لم يقل شهرا لا يكون اعارة بحر عن الخانية أى بل اجارة فاسدة وقد قيل بخلافه تاترخانية وينبغى هذا لانه اذا لم يصرح بالمدة ولا بالعوض فأولى أن يكون اعارة من جعله اعارة مع التصريح بالمدة دون العوض شيخنا ونقل الرملى فى حاشية البحر عن اجارة البزازية لا تنعقد الاجارة بالاعارة حتى لو قال آجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون اجارة فاسدة لا عارية اه قال فتأمله مع هذا (قوله مجانا) أى بلا عوض (قوله مدة عمرك) هذا وجه آخر ذكره القهستانى وهو كون عمرى ظرفا (قوله ولو موقتة) ولكن يكره قبل تمام الوقت لان فيه خلف الوعد ابن كمال اقول من هنا تعلم أن خلف الوعد مكروه لا حرام وفى الذخيرة يكره تنزيها لانه خلف الوعد ويستحب الوفاء بالعهد سائحانى (قوله فتبطل) أى بالرجوع (قوله فله اجر المثل) أى للمعير والاولى فعليه أى على المستعير (قوله للقنية) لم اجده فى القنية فى هذا المحل (قوله وقت البيع) أى الا اذا شرط البائع وقت البيع بقاء الجذوع والوارث فى هذا بمنزلة

المشترى

[٢] قوله وقوله على ما فى المغرب الخ لم يظهر لى مرجع الضمير على أن العبارة كلها لا تخلو عن تطرف الا وضح عبارة المصباح ونصه بعد أن قال وتعاوروا الشئ واعتوروه تداولوه والعارية من ذلك والاصل فعلية بفتح العين قال الازهرى نسبة الى العارة وهى اسم من الاعارة يقال أعرته الشئ اعارة وعارة مثل اطعته اطاعة وطاعة واجبته اجابة وجابة وقال الليث سميت عارية لانها عار على طالبها وقال الجوهرى مثله وبعضهم يقول مأخوذة من عار الفرس اذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها وهما غلط لان العارية من الواو لان العرب يقولون هم يتعاورون العوارى ويتعورونها بالواو اذا اعار بعضهم بعضا والعار وعار الفرس من الياء فالصحيح ما قال الازهرى وقد تخفف العارية فى الشعر والجمع العوارى بالتخفيف وبالتشديد على الاصل انتهت عبارته اه مصححه

قلت وبالقيل جزم فى الخلاصة والبزازية وغيرهما واعتمده محشيها فى تنوير البصائر ولم يتعقبه ابن المصنف فكأنه ارتضاه فليحفظ (ولا تضمن بالهلاك من غير تعد) وشرط الضمان باطل كشرط عدمه فى الرهن خلافا للجوهرة (ولا تؤجر ولا ترهن) لان الشئ لا يتضمن ما فوقه (كالوديعة) فانها لا تؤجر ولا ترهن بل ولا تودع ولا تعار بخلاف العارية على المختار وأما المستأجر فيؤاجر ويودع ويعار ولا يرهن وأما الرهن فكالوديعة وفى الوهبانية نظم تسع مسائل لا يملك فيها تمليكا لغيره بدون اذن سواء قبض أولا فقال

وما لك أمر لا يملكه بدو
ن أمر وكيل مستعير ومؤجر
ركوبا ولبسا فيهما ومضارب
ومرتهن أيضا وقاض يؤمر
ومستودع مستبضع ومزارع
اذا لم يكن من عنده البذر يبذر

قلت والعاشرة

وما للمساقى أن يساقى غيره
وان اذن المولى له ليس ينكر

(فان آجر) المستعير (أو رهن فهلكت ضمنه المعير) للتعدى (ولا رجوع له) للمستعير (على أحد) لانه بالضمان ظهر أنه آجر ملك نفسه ويتصدق بالاجرة خلافا للثانى (أو) ضمن (المستأجر) سكت عن المرتهن وفى شرح الوهبانية الخامسة لا يملك المرتهن أن يرهن فيضمن وللمالك الخيار ويرجع الثانى على الاول (ورجع) المستأجر (على المستعير اذا لم يعلم بأنه عارية فى يده) دفعا لضرر الغرر (وله أن يعير ما اختلف استعماله أولا ان لم يعين) المعير (منتفعا و) يعير (مالا يختلف ان عين)

المشترى الا أن للوارث أن يأمره برفع البناء على كل حال كما فى الهندية ومنه يعلم أن من اذن لاحد ورثته ببناء محل فى داره ثم مات فلباقى الورثة مطالبته برفعه ان لم تقع القسمة أولم يخرج فى قسمه وفى جامع الفصولين استعار دارا فبنى فيها بلا أمر المالك أو قال له ابن لنفسك ثم باع الدار بحقوقها يؤمر البانى بهدم بنائه واذا فرط فى الرد بعد الطلب مع التمكن منه ضمن سائحانى قال فى الهامش وسيأتى مسئلة من بنى فى دار زوجته فى شتى الوصايا وفيه زيادة مسئلة السرداب على الجذوع نقال رجل وضع جذوعه على حائط جاره باذن الجار أو حفر سردابا فى داره باذن الجار ثم باع الجار داره وأراد المشترى أن يرفع جذوعه وسردابه كان للمشترى ذلك الا اذا كان البائع شرط فى البيع بقاء الجذوع والسرداب تحت الدار فحينئذ لا يكون للمشترى أن يطالبه برفع ذلك وتمامه فى الخانية فى فصل ما يتضرر به الجار اه (قوله وبالقيل الخ) وأفتى به فى الخيرية كذا فى الهامش (قوله فى الخلاصة) وكذا فى الخانية كما قدمنا عبارته قبيل دعوى النسب (قوله ولا تضمن) هذا اذا لم يتبين انها مستحقة للغير فان ظهر استحقاقها ضمنها ولا رجوع له على المعير لانه متبرع وللمستحق أن يضمن المعير واذا ضمنه لا رجوع له على المستعير بخلاف المودع اذا ضمنها للمستحق حيث يرجع على المودع لانه عامل له بحر (قوله بالهلاك) هذا اذا كانت مطلقة فلو مقيدة كأن يعيره يوما فلو لم يردها بعد مضيه ضمن اذا هلكت كما فى شرح المجمع وهو المختار كما فى العمادية اه قال فى الشرنبلالية سواء استعملها بعد الوقت أولا وذكر صاحب المحيط وشيخ الاسلام انما يضمن اذا انتفع بعد مضى الوقت لانه حينئذ يصير غاصبا أبو السعود (قوله للجوهرة) حيث جزم فيها بصيرورتها مضمونة بشرط الضمان ولم يقل فى رواية مع أن فيها روايتين كما يؤخذ من عبارة الزيلعى س (قوله على المختار) فانها تعار أشباه قال محشيها اذا كان مما لا يختلف بالاستعمال كالسكنى والحمل والزراعة وان شرط أن ينتفع هو بنفسه لان التقييد بما لا يختلف غير مفيد كما فى شروح المجمع س وفى البحر وله يعنى المستعير أن يودع على المفتى به وهو المختار وصحح بعضهم عدمه ويتفرع عليه ما لو أرسلها على يد أجنبى فهلكت ضمن على الثانى لا الاول وسيأتى قريبا اه (قوله وأما المستأجر) فى وديعة البحر عن الخلاصة والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن والمستأجر يؤاجر ويعار ويودع ولم يذكر حكم الرهن وينبغى الخ وفى قول الخلاصة وينبغى الخ كلام كتبناه فى هامش البحر (قوله ويودع) لكن الاجير المشترك يضمن بايداع ما تحت يده لقول الفصولين ولو أودع الدلال ضمن سائحانى (قوله لا يملكه) بتشديد اللام وابتداء البيت الثانى من نون دون (قوله ومؤجر) بفتح الجيم (قوله فيهما) أى الاعارة والاجارة وهذا القيد بلبسه وركوبه والا فقد مر ويأتى انه يعير ما يختلف لو لم يقيد بلابس وراكب سائحانى الوكيل لا يوكل والمستعير للبس أو ركوب ليس له أن يعير لمن يختلف استعماله والمستأجر ليس له أن يؤجر لغيره مركوبا كان أو ملبوسا الا باذن (قوله ومستودع) بفتح الدال (قوله ضمنه المعير) بتشديد ميم ضمنه مبنيا للفاعل والمعير فاعل والضمير فى ضمنه راجع للمستعير (قوله على أحد) عبارة مسكين على المستأجر وهكذا اقره القهستانى وقال فلا فائدة فى النكرة العامة قال أبو السعود وتعقبه شيخنا بأن سلب الفائدة ممنوع لجواز كون قيمة الرهن عشرين وكان رهنا بعشرة فلا يرجع بالزائد على المرتهن (قوله المستاجر) مفعول ضمن هكذا مضبوط بالقلم (قوله عن المرتهن) قال فى الشرنبلالية وسكت عما لو ضمن المرتهن فينظر حكمه قال شيخنا حكم المرتهن فى هذه الصورة حكم الغاصب كما ذكره نوح افندى لانه قبض مال الغير بلا اذنه ورضاه فيكون للمعير تضمينه وبأداء الضمان يكون الرهن هالكا على ملك مرتهنه ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن لما علمت من كونه غاصبا ويرجع بدينه اه وتقييده بقوله ولا رجوع له على الراهن المستعير للاحتراز عما لو كان الراهن مرتهنا فانه يرجع على الاول أبو السعود وهذا ما ذكره الشارح بقوله وفى شرح الوهبانية الخ فليس بيانا لما سكت عنه المصنف كما يوهمه كلامه بل بيان لفائدة اخرى تأمل (قوله وفى شرح الخ) ظاهره انه بيان لما سكت عنه المصنف مع انه ليس من قبيله لان الكلام فى المستعير اذا آجر أو رهن (قوله أن يرهن) أى بدون اذن الراهن شرح وهبانية كذا فى الهامش (قوله ويرجع الثانى) أى ان ضمن وان ضمن الاول لا يرجع على أحد ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله ان لم يعين) أى بأن نص على الاطلاق كما سنذكره قريبا كما لو استعار دابة للركوب أو ثوبا للبس له أن يعيرهما ويكون ذلك تعيينا للراكب

وان اختلف لا للتفاوت وعزاه فى زواهر الجواهر للاختيار (ومثله) أى كالمعار (المؤجر) وهذا عند عدم النهى فلو قال لا تدفع لغيرك فدفع فهلك ضمن مطلقا خلاصة (فمن استعار دابة أو استأجرها مطلقا) بلا تقييد (يحمل) ماشاء (ويعيرله) للحمل (ويركب) عملا بالاطلاق (وأيا فعل) أولا (تعين) مرادا (وضمن بغيره) ان عطبت حتى لو ألبس أو أركب غيره لم يركب بنفسه بعده هو الصحيح كافى (وان أطلق) المعير أو المؤجر (الانتفاع فى الوقت والنوع انتفع ماشاء أى وقت شاء) لما مر (وان قيده) بوقت أو نوع أو بهما (ضمن بالخلاف الى شر فقط) لا الى مثل أو خير (وكذا تقييد الاجارة بنوع أو قدر) مثل العارية (عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود المتقارب) عند الاطلاق (قرض) ضرورة استهلاك عينها (فيضمن) المستعير (بهلاكها قبل الانتفاع) لانه قرض حتى لو استعارها ليعير الميزان أو يزين الدكان كان عارية ولو أعاره قصعة ثريد فقرض ولو بينهما مباسطة فاباحة وتصح عارية السهم ولا يضمن لان الرمى يجرى مجرى الهلاك صيرفية (ولو أعار أرضا للبناء والغرس صح) للعلم بالمنفعة (وله أن يرجع متى شاء) لما تقرر انها غير لازمة (ويكلفه قلعهما الا اذا كان فيه مضرة بالارض فيترك بالقيمة مقلوعين) لئلا تتلف أرضه

واللابس فان ركب هو بعد ذلك قال الامام على البزدوى يكون ضامنا وقال السرخسى وخواهرزاده لا يضمن كذا فى فتاوى قاضى خان وصحح الاول فى الكافى بحر وسيأتى (قوله وان اختلف) أى ان عين منتفعا واختلف استعماله لا يعير للتفاوت قالوا الركوب واللبس مما اختلف استعماله والحمل على الدابة والاستخدام والسكنى مما لا يختلف استعماله أبو الطيب مدنى (قوله المؤجر) بالفتح أى اذا اجر شيأ فان لم يعين من ينتفع به فللمستأجر أن يعيره سواء اختلف استعماله اولا وان عين يعير ما لا يختلف استعماله لا ما اختلف منح (قوله أو استأجرها) فله الحمل فى أى وقت وأى نوع شاء باقانى كذا فى الهامش (قوله مطلقا) اقول الظاهر أنه أراد بالاطلاق عدم التقييد بمنتفع معين لانه سيذكر الاطلاق فى الوقت والنوع والا لزم التكرار تأمل (قوله بلا تقييد) قال فى التبيين ينبغى أن يحمل هذا الاطلاق الذى ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما اذا قال على أن اركب عليها من اشاء كما حمل الاطلاق الذى ذكره فى الاجارة على هذا اه وأقره فى الشرنبلالية غيا أوهمه قول المؤلف بلا تقييد بالنظر لما يختلف لا يتم ط قلت فعلى هذا يحمل قول المصنف سابقا ان لم يعين بالنسبة للمختلف على ما اذا نص على الاطلاق لا على ما يشمل السكوت لكن فى الهداية لو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل ويعير غيره للحمل ويركب غيره الخ فراجعها (قوله يحمل ماشاء) أى من أى نوع كان لا الحمل فوق طاقتها كما لو سلك طريقا لا يسلكه الناس فى حاجة الى ذلك المكان ضمن اذ مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف وليس من المتعارف الحمل فوق طاقتها والنظر فى ذلك والتعليل فى جامع الفصولين وسيأتى فى الاجارة مثله فى المتن كذا فى الهامش (قوله ويركب) بفتح أوله وضمه سائحانى (قوله أولا) بفتح الهمزة وتشديد الواو (قوله بغيره) أى فيما يختلف بالمستعمل كما يفيده السياق واللحاق سائحانى وقدمنا عن الزيلعى انه ينبغى تقييد عدم الضمان فيما يختلف بما اذا أطلق الانتفاع فافهم (قوله انتفع) فلو لم يسم موضعا ليس له اخراجها من الفصولين (قوله أو بهما) فتتقيد من حيث الوقت كيفما كان وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل وفيما لا يختلف لا تتقيد لعدم الفائدة كما مر ولم يذكر التقييد بالمكان لكن أشار اليه الشارح فى الآتى وذكره المصنف قبل قوله ولا تؤجر فقال استعار دابة ليركبها فى حاجة الى ناحية سماها فأخرجها الى النهر ليسقيها فى غير تلك الناحية ضمن اذا هلكت وكذا اذا استعار ثورا ليكرب أرضه فكرب أرضا أخرى يضمن وكذا اذا قرنه بثور أعلى منه لم تجر العادة به وفى البدائع اختلفا فى الايام أو المكان أو ما يحمل فالقول للمعير بيمينه سائحانى استعارها شهرا فهو على المصر وكذا فى اعارة خادم واجارته وموصى له بخدمته فصولين (قوله قرض) أى اقراض لان العارية بمعنى الاعارة كما مر وهى التمليك وتمامه فى العزمية (قوله حتى الخ) تفريع على مفهوم قوله عند الاطلاق (قوله ليعير) بتشديد الياء الثانية الاصل عاير والجوهرى نهى أن يقال عير بعقوبة (قوله أو يزين) بتشديد الياء الثانية (قوله كان عارية) لانه عين الانتفاع وانما تكون قرضا عند الاطلاق كما تقدم (قوله فقرض) فعليه مثلها أو قيمتها منح (قوله وتصح عارية السهم) أى ليغزو دار الحرب لانه يمكن الانتفاع به فى الحال وانه يحتمل عوده اليه برمى الكفرة بعد ذلك منح عن الصيرفية ونقل عنها قبل هذا انه استعار سهما ليغزو دار الحرب لا يصح وان استعار ليرمى الهدف صح لانه فى الاول لا يمكن الانتفاع بعين السهم الا بالاستهلاك وكل عارية كذلك تكون قرضا لا عارية اه قوله ولا يضمن) عبارة الصيرفية كما فى المنح قال هـ وتصح عارية السلاح وذكر فى السهم انه يضمن كالقرض لان الرمى يجرى مجرى الهلاك وهذه النسخة التى نقلت منها نسخة مصححة عليها خطوط بعض العلماء وكان فى الاصل مكتوبا لا يضمن فحك منها لفظة لا ويدل عليه تنظيره بقوله كالقرض ولكن كان الظاهر على هذا أن يقال فى التعليل لان الرمى يجرى مجرى الاستهلاك فتعبيره بالهلاك يقتضى عدم الضمان فتأمل وراجع (قوله للعلم) تأمل فى هذا التعليل استعار رقعة يرقع بها قميصه أو خشبة يدخلها فى بنائه أو آجرة فهو ضامن لانه قرض الا اذا قال لاردها عليك فهى عارية تاترخانية (قوله مقلوعين) أو يأخذ المستعير غراسه وبناءه بلا تضمين المعير هداية وذكر الحاكم أن له أن يضمن المعير قيمتهما قائمين فى الحال ويكونان له وأن يرفعهما الا اذا كان الرفع مضرا بالارض فحينئذ يكون الخيار للمعير كما فى الهداية وفيه رمز الى أن لا ضمان فى العارية المطلقة وعنه أن عليه القيمة والى

أن لاضمان فى الموقتة بعد انقضاء الوقت فيقلع المعير البناء والغرس الا أن يضر القلع فحينئذ يضمن قيمتهما مقلوعين لا قائمين كما فى المحيط قهستانى كذا فى الهامش (قوله مانقص البناء) هذا ما مشى عليه فى الكنز والهداية وذكر فى البحر عن المحيط ضمان القيمة قائما الا أن يقلعه المستعير ولا ضرر فان ضمن فضمان القيمة مقلوعا وعبارة المجمع وألزمناه الضمان فقيل ما نقصهما القلع وقيل قيمتهما و يملكهما وقيل ان ضر يخير المالك يعنى المعير يخير بين ضمان ما نقص وضمان القيمة ومثله فى درر البحار والمواهب والملتقى وكلهم قدموا الاول وبعضهم جزم به وعبر عن غيره بقيل فلذا اختاره المصنف وهى رواية القدورى والثانى رواية الحاكم الشهيد كما فى غرر الافكار (قوله قائما) فلو قيمته قائما فى الحال أربعة وفى المآل عشرة ضمن ستة شرح الملتقى (قوله المضروبة) فيضمن ما نقص عنها (قوله القيمة) أى ابتداؤها (قوله وقتها) بتشديد القاف (قوله فتترك الخ) نص فى البرهان على أن الترك بأجر استحسان ثم قال عن المبسوط ولم يبين فى الكتاب أن الارض تترك فى يد المستعير الى وقت ادراك الزرع بأجر أو بغير أجر قالوا وينبغى أن تترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الاجارة والزرع بقل بعد اهـ شرنبلالية (قوله أعطيك البذر) بضم الهمزة والبذر مفعوله (قوله وكلفتك) بضم الكاف وتسكين اللام وفتح الباقى (قوله الجواز) وهو المختار كما فى الغياثية ط (قوله على المستعير) (فروع) علف الدابة على المستعير مطلقة أو مقيدة ونفقة العبد كذلك والكسوة على المستعير بزازية وقدمه الشارح أول الترجمة وآخر النفقة * جاء رجل الى مستعير وقال انى استعرت دابة عندك من ربها فلان فأمرنى بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره بذلك ضمن المستعير ولا يرجع على القابض اذا صدقه فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فانه يرجع * قال وكل تصرف هو سبب الضمان لو ادعى المستعير أنه فعله باذن المعير فكذبه ضمن المستعير ما لم يبرهن فصولين * استعار قدرا لغسل الثياب ولم يسلمه حتى سرق ليلا ضمن بزازية تأمل (قوله لان) مستدرك بفاء التفريع (قوله الا اذا استعارها الخ) فمؤنة الرد على المعير والفرق ما أشار اليه لان هذه اعارة فيها منفعة لصاحبها فانها تصير مضمونة فى يد المرتهن وللمعير أن يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة الاجارة خانية فقد حصل الفرق بين العارية للرهن وغيرها من وجهين الاول هذا والثانى ما مر فى الباب قبله عند قوله بخلاف المستعير والمستأجر أنه لو خالف ثم عاد الى الوفاق برئ عن الضمان أفاده فى البحر (قوله هذا الخ) الاولى ذكره قبل الغاصب لانه راجع الى كون مؤنة الرد على المؤجر يعنى انما تكون عليه اذا أخرجه المستأجر باذنه والا فعلى المستأجر فيكون كالمستعير وفى البحر عن الخلاصة الاجير المشترك كالخياط ونحوه مؤنة الرد عليه لا على رب الثوب (قوله لو الاخراج) أى الى بلد آخر مثلا والظاهر أن المراد بالاذن الاذن صريحا والا فالاذن دلالة موجود تأمل (قوله بخلاف شركة الخ) فان أجرة ردها على صاحب المال والواهب كما فى المنح (قوله مع عبده) أى مع من فى عيال المستعير قهستانى قال فى الهامش ردها مع من فى عياله برئ جامع الفصولين (قوله لا مياومة) لانه ليس فى عياله قهستانى (قوله أو مع عبد الخ) أى مع من فى عيال المعير قهستانى (قوله يقوم عليها) أى يتعاهدها كالسائس (قوله مع الاجنبى) قال فى الهامش المستأجر لو رد الدابة مع أجنبى ضمن جامع الفصولين (قوله والا فالمستعير الخ) اشارة الى فائدة اشتراط التوقيت قال الزيلعى وهذا أى قوله بخلاف الاجنبى يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له أن يودع وعلى المختار تكون هذه المسئلة محمولة على ما اذا كانت العارية موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبى لانه بامساكها بعد يضمن لتعديه فكذا اذا تركها فى يد الاجنبى اهـ وفى البرهان وكذا يعنى يبرأ لو ردها مع أجنبى على المختار بناء على ما قال مشايخ العراق من أن المستعير يملك الايداع وعليه الفتوى لانه لما ملك الاعارة مع أن فيها ايداعا وتمليك المنافع فلأن يملك الايداع وليس فيه تمليك المنافع أولى وأولوا قوله وان ردها مع أجنبى ضمن اذا هلكت بأنها موضوعة فيما اذا كانت العارية موقتة وقد انتهت باستيفاء مدتها وحينئذ يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق اهـ شرنبلالية قلت ومثله فى شروح الهداية ولكن تقدم متنا انه يضمن فى الموقتة وفى جامع الفصولين لو كانت العارية موقتة فأمسكها بعد الوقت مع امكان الرد ضمن وان لم يستعملها بعد الوقت هو المختار سواء توقتت نصا أو دلالة حتى ان من استعار قدوما ليكسر حطبا فكسره فأمسك ضمن ولو لم يوقت اهـ فعلى هذا فضمانه ليس

(وان وقت) العارية (فرجع قبله) كالمه قلعهما (وضمن) المعير للمستعير (ما نقص) البناء والغرس (بالقلع) بأن يقوم قائما الى المدة المضروبة وتعتبر القيمة يوم الاسترداد بحر (واذا استعارها للزرع لم تؤخذ منه قبل أن يحصد الزرع وقتها أولا) فتترك بأجر المثل مراعاة للحقين فلو قال المعير أعطيك البذر وكلفتك ان كان لم ينبت لم يجز لان بيع الزرع قبل نباته باطل وبعد نباته فيه كلام أشار الى الجواز فى المغنى نهاية (ومؤنة الرد على المستعير فلو كانت موقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها) لان مؤنة الرد عليه نهاية (الا اذا استعارها ليرهنها) فتكون كالاجارة رهن الخانية (وكذا الموصى له بالخدمة) مؤنة الرد عليه (وكذا المؤجر والغاصب والمرتهن) مؤنة الرد عليهم لحصول المنفعة لهم هذا لو الاخراج باذن رب المال والا فمؤنة رد مستأجر ومستعار على الذى أخرجه اجارة البزازية بخلاف شركة ومضاربة وهبة قضى بالرجوع مجتبى (وان رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة) لا مياومة (أو مع عبد ربها مطلقا) يقوم عليها أو لا فى الاصح (أو أجيره) أى مشاهرة كما مر فهلكت قبل قبضها (برئ) لانه أتى بالتسليم المتعارف (بخلاف نفيس) بجوهرة (وبخلاف الرد مع الاجنبى) أى (بأن كانت العارية موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبى) لتعديه بالامساك بعد المدة (والا فالمستعير يملك الايداع)

فيما يملك الاعارة (من الاجنبي) به يفتى زيلعي فتعين حمل كلامهم على هذا او بخلاف رد وديعة ومغصوب الى دار المالك فانه ليس بتسليم (واذا استعار ارضا) بيضاء (للزراعة يكتب المستعير) انك (أطعمتني أرضك لازرعها) فيخصص لئلا يعم البناء ونحوه (العبد المأذون يملك الاعارة والمحجور اذا استعار واستهلكه يضمن بعد العتق ولو أعار) عبد محجور عبدا محجورا (مثله فاستهلكها ضمن) الثاني (للحال ولو استعار ذهبا فقلده صبيا فسرق) الذهب (منه) أي من الصبي (فان كان الصبي يضبط) حفظ (ما عليه) من اللباس (لم يضمن) والا ضمن لانه اعارة والمستعير يملكها (وضعها) أي العارية (بين يديه فنام فضاعت لم يضمن لو نام جالسا) لانه لا يعد مضيعا لها (وضمن لو نام مضطجعا) لتركه الحفظ (ليس للاب اعارة مال طفله) لعدم البدل وكذا القاضي والوصي (طلب شخص (من رجل ثورا عارية فقال أعطيك غدا فلما كان الغد ذهب الطالب وأخذه بغير اذنه واستعمله فمات) الثور (لا ضمان عليه) خانية عن ابراهيم بن يوسف لكن في المجتبى وغيره انه يضمن (جهز ابنته بما يجهز به مثلها ثم قال كنت اعرتها الامتعة ان العرف مستمرا) بين الناس (ان الاب يدفع ذلك الجهاز (ملكا لا اعارة لا يقبل قوله) انه اعارة لان الظاهر يكذبه (وان لم يكن) العرف (كذلك) أو تارة وتارة (فالقول له) به يفتى كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها فان القول له اتفاقا (والام) وولي الصغيرة (كالاب) فيما ذكر وفيما يدعيه الاجنبي بعد الموت لا يقبل الا ببينة شرح وهبانية وتقدم في باب المهر وفي الاشباه (كل امين ادعى ايصال الامانة الى مستحقها قبل قوله) بيمينه (كالمودع اذا ادعى الرد والوكيل والناظر) اذا ادعى الصرف الى الموقوف عليهم يعني من الاولاد والفقراء

بالارسال مع الاجنبي الا أن يحمل على ما اذا لم يمكنه الرد تأمل ومع هذا يبعد هذا التأويل التقييد أولا بالعبد والاجير فانه على هذا لا فرق بينهما وبين الاجنبي حيث لا يضمن بالرد قبل المدة مع أي من كان ويضمن بعدها كذلك فهذا أدل دليل على قول من قال ليس له أن يودع وصححه في النهاية كما نقله عنه في التاترخانية (قوله فيما يملك) وهو ما لا يختلف وظاهره انه لا يملك الايداع فيما يختلف وليس كذلك وعبارة الزيلعي وهذا لان الوديعة أدنى حالا من العارية فاذا كان يملك الاعارة فيما لا يختلف فأولى أن يملك الايداع على ما بينا ولا يختص بشيء دون شيء لان الكل لا يختلف في حق الايداع وانما يختلف في حق الانتفاع اه اللهم الا أن يقال ما عبارة عن الوقت أي في وقت يملك الاعارة وهو قبل مضي المدة اذا كانت موقتة وهو بعيد كما لا يخفى تأمل (فرع) في الهامش اذا اختلف المعير والمستعير في الانتفاع بالعارية فادعى المعير الانتفاع بقول مخصوص في زمن مخصوص وادعى المستعير الاطلاق القول قول المعير في التقييد لان القول له في أصل الاعارة فكذا في صفتها قارئ الهداية في القول لمن (قوله على هذا) وهو كون العارية موقتة وقد مضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لكن لا يخفى أن الضمان حينئذ بسبب مضي المدة لا من كونه بعثها مع الاجنبي اذ لا فرق حينئذ بينه وبين غيره (قوله وبخلاف) معطوف على قول المتن بخلاف وكان الاولى ذكره هنالك تأمل (قوله فانه ليس الخ) كذا في الهداية ومسئلة الغير خلافية ففي الخلاصة قال مشايخنا يجب أن يبرأ قال في الجامع الصغير للامام قاضي خان السارق والغاصب لا يبرآن بالرد الى منزل ربها أو مربطه أو أجيره أو عبده ما لم يردها الى مالكها (قوله لازرعها) اللام للتعليل (قوله فيخصص) أي فلا يقول أعرتني (قوله يملك الاعارة) وكذا الصبي المأذون وفي البزازية استعار من صبي مثله كالقدوم ونحوه ان ماذونا وهو ماله لا ضمان وان لغير الدافع المأذون يضمن الاول لا الثاني لانه اذا كان مأذونا صح منه الدفع وكان التلف حاصلا بتسليطه وان الدافع محجورا يضمن هو بالدفع والثاني بالاخذ لانه غاصب الغاصب اه (قوله واستهلكه الخ) لان المعير سلطه على اتلافه وشرط عليه الضمان فصح تسليطه وبطل الشرط في حق المولى درر كذا في الهامش (قوله عبد محجور عبدا محجورا) فعبد محجور فاعل أعار وصفة فاعله كما ان عبدا مفعوله وموصوف محجورا كذا ضبط بالقلم (قوله ضمن الثاني) لانه أخذه بغير اذن فكان غاصبا (قوله للحال) لان المحجور يضمن باتلافه حالا درر كذا في الهامش (قوله لانه) علة لقوله لم يضمن (قوله يملكها) أي الاعارة (قوله وضعها) أي المستعير (قوله يديه) أي يدي المستعير (قوله مضطجعا) هذا في الحضر قال في جامع الفصولين المستعير اذا وضع العارية بين يديه ونام مضطجعا ضمن في حضر لا في سفر ولو نام فقطع رجل مقود الدابة في يده لم يضمن في حضر وسفر ولو اخذ المقود من يده ضمن لو نام مضطجعا في الحضر والا فلا اه وفي البزازية نام المستعير في المفازة ومقودها في يده فقطع السارق المقود لا يضمن وان جذب المقود من يده ولم يشعر به يضمن قال الصدر هذا اذا نام مضطجعا وان جالسا لا يضمن في الوجهين وهذا لا يناقض ما مر أن نوم المضطجع في السفر ليس بترك الحفظ لان ذلك في نفس النوم وهذا في أمر زائد على النوم اه وفيها استعار منه مرا للسقي واضطجع ونام وجعل المر تحت رأسه لا يضمن لانه حافظ الا أن السارق من تحت رأس النائم يقطع وان كان في الصحراء وهذا في غير السفر وان في السفر لا يضمن نام قاعدا أو مضطجعا والمستعار تحت رأسه أو بين يديه أو بحواليه يعد حافظا اه (قوله انه يضمن) وبه جزم في البزازية قال لانه أخذ بلا اذنه وقال ولو استعار من آخر ثوره غدا فقال نعم فجاء المستعير غدا فأخذه فهلك لا يضمن لانه استعاره منه غدا وقال نعم فانعقدت الاعارة وفي المسئلة الاولى وعد الاعارة لا غير (قوله جهز ابنته الخ) وفي الولوالجية اذا جهز الاب ابنته ثم بقية الورثة يطلبون القسمة منها فان كان الاب اشترى لها في صغرها أو بعد ما كبرت وسلم اليها وذلك في صحته فلا سبيل للورثة عليه ويكون للبنت خاصة اه منح كذا في الهامش (قوله فان القول له) ظاهره أن القول له حينئذ في الجميع

لا في

وأمثالهما وأمّا اذا ادّعى الصرف الى وظائف المرتزقة فلا يقبل قوله فى حق أرباب الوظائف لكن لا يضمن ما أنكروه له بل يدفعه ثانيا من مال الوقف كما بسطه فى حاشية أخى زاده قلت وقد مرّ فى الوقف عن المولى أبى السعود واستحسنه المصنف وأقرّه ابنه فليحفظ (وسواء كان فى حياة مستحقها

أو بعد موته الا فى الوكيل بقبض الدين اذا ادّعى بعد موت الموكل انه قبضه ودفعه له فى حياته لم يقبل قوله الا ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين) كوديعة قال قبضتها فى حياته وهلكت وأنكرت الورثة أو قال دفعتها اليه فانه يصدّق لانه ينفى الضمان عن نفسه بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدّق وكالة الولوالجية قلت وظاهره انه لا يصدّق لا فى حق نفسه ولا فى حق الموكل وقد أفتى بعضهم انه يصدّق فى حق نفسه لا فى حق الموكل وحمل عليه كلام الولوالجية فيتأمل عند ٥٠٧ الفتوى (فروع) أوصى بالعارية ليس للورثة الرجوع * العارية كالاجارة تنفسخ بموت أحدهما * مات وعليه دين وعنده وديعة بغير عينها فالتركة بينهم بالحصص * استأجر بعيرا الى مكة فعلى الذهاب وفى العارية على الذهاب والمجيء لانّ ردّها عليه * استعار دابة للذهاب فأمسكها فى بيته وهلكت ضمن لانه اعارها للذهاب لا للامساك * استقرض ثوبا فأغار عليه الاتراك لم يضمن لانه عارية عرفا * استعار أرضا ليبنى ويسكن واذا خرج فالبناء للمالك فللمالك أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير لانّ الاعارة تمليك بلا عوض فكانت اجارة معنى وفسدت بجهالة المدّة وكذا لو شرط الخراج على المستعير لجهالة البدل والحيلة أن يؤجره الارض سنين معلومة ببدل معلوم ثم يأمره بأداء الخراج منه * استعار كتابا فوجد به خطأ أصلحه ان علم رضى صاحبه قلت ولا يأثم بتركه الا فى القرآن لانّ اصلاحه واجب بخط مناسب وفى الوهبانية وسفر رأى اصلاحه مستعيره

لا فى الزائد على جهاز المثل وليحرّر (قوله وأمثالهما) كالعلماء والاشراف قال بعض الفضلاء ينبغى أن يقيد بأن لا يكون الناظر معروفا بالخيانة كاكثر نظار زماننا بل يجب أن لا يفتوا بهذه المسئلة حموى ط (قوله المرتزقة) مثل الامام والمؤذن والبوّاب لانّ له شبها بالأجرة بخلاف الاولاد ونحوهم لانه صلة محضة (قوله أخى زاده) أى على صدر الشريعة (قوله مستحقها) أى الامانات (قوله الا فى الوكيل) أفاد الحصر قبول القول من وكيل البيع ويؤيده ما فى وكالة الاشباه اذا قال بعد موت الموكل بعته من فلان بألف درهم وقبضتها وهلكت وكذبته الورثة فى البيع فانه لا يصدّق اذا كان المبيع قائما بعينه بخلاف ما اذا كان هالكا سائحانى (قوله بعد موت الموكل) بخلافه فى حياته (فروع) شئ لو ذهب الى مكان غير المسمى ضمن ولو أقصر منه وكذا لو أمسكها فى بيته ولم يذهب الى المسمى ضمن قاضى خان لانه أعارها للذهاب لا للامساك فى البيت يقول الحقير يرد على المسئلتين اشكال وهو أنّ المخالفة فيهما الى خير لا الى شرّ فكان الظاهر أن لا يضمن فيهما ولعل فى المسئلة الثانية روايتين اذ قد ذكر فى بد لو استأجر قدوما لكسر الحطب فوضعه فى بيته فتلف بلا تقصير قيل ضمن وقيل لا شئ والمكث المعتاد عفو نور العين * اذا مات المعير أو المستعير بطل الاعارة خانية * استعار من آخر شيأ فدفعه ولده الصغير المحجور عليه الى غيره بطريق العارية فضاع يضمن الصبى الدافع وكذا المدفوع اليه تاترخانية عن المحيط * رجل استعار كتابا فضاع فجاء صاحبه وطالبه فلم يخبره بالضياع ووعده بالردّ ثم أخبره بالضياع قال فى بعض المواضع ان لم يكن آيسا من رجوعه فلا ضمان عليه وان كان آيسا ضمن لكن هذا خلاف ظاهر الرواية قال فى الكتاب يضمن لانه متناقض ولوالجية وفيها استعار ذهبا فقلده صبيا فسرق ان كان الصبى يضبط حفظ ما عليه لا يضمن والا ضمن وفيها دخل بيته باذنه فأخذ اناء لينظر اليه فوقع لا يضمن ولو أخذه بلا اذنه بخلاف ما لو دخل سوقا يباع فيه الاناء يضمن اه جاء رجل الى مستعير وقال انى استعرت دابة عندك من ربها فلان فأمرنى بقبضها فصدّقه ودفعها ثم انكر المعير أمره ضمن المستعير ولا يرجع على القابض فلو كذبه او لم يصدّقه أو شرط عليه الضمان فانه يرجع قال وكل تصرّف هو سبب للضمان لو ادّعى المستعير انه فعله باذن المعير وكذبه المعير ضمن المستعير ما لم يبرهن فصولين وفيه استعاره وبعث قنه ليأتى به فركبه قنه فهلك به ضمن القنّ ويباع فيه حالا بخلاف قنّ محجور أتلف وديعة قبلها بلا اذن مولاه اه (قوله فى حياته) أى الموكل (قوله مثل المقبوض) لانّ الديون تقضى بأمثالها (قوله لا فى حق نفسه) أى فيضمن (قوله ولا فى حق الموكل) أى فى ايجاب الضمان عليه بمثل المقبوض (قوله بعضهم) هو من معاصرى صاحب المنح كما ذكره فيها وذكر الرملى فى حاشيتها انه هو الذى لا محيد عنه وليس فى كلام ائمتنا ما يشهد لغيره تأمل اه قلت وللشرنبلالى رسالة فى هذه المسئلة فراجعها كما اشرنا اليه فى كتاب الوكالة وكتبت منها شيأ فى هامش البحر هناك (قوله بينهم) أى بين اصحاب الدين ورب الوديعة (قوله لانه عارية) أى فلا يضمن الا بالتعدى ولم يوجد (قوله بلا عوض) أى وهنا جعل له عوضا وفى البزازية دفع داره على أن يسكنها ويرمّها ولا اجر فهى عارية لانّ المرمّة من باب النفقة وهى على المستعير وفى كتاب العارية بخلافه سائحانى (قوله بجهالة المدّة) عبارة البحر عن المحيط بجهالة المدّة والاجرة لانّ البناء مجهول فوجب اجر المثل اه فأفاد أنّ الحكم كذلك لو بين المدّة لبقاء جهالة الاجرة وهو ظاهر (قوله لو شرط الخ) أى تكون اجارة فاسدة لانه عليه ولما شرطه على المستعير فقد جعله بدلا عن المنافع فقد أتى بمعنى الاجارة والعبرة فى العقود للمعانى (قوله لجهالة البدل) أما لو كان خراج المقاسمة فلانّ بعض الخارج يزيد وينقص وأما اذا كان خراجا موظفا فانه وان كان مقدرا الا أنّ الارض اذا لم تحتمله ينقص عنه منح ملخصا (قوله منه) أى من ذلك البدل

يجوز اذا مولاه لا يتاثر
وفى معاياتها
وأىّ معير ليس يملك أخذ ما
اعار وفى غير الرهان التصور
وهل واهب لابن يجوز رجوعه
وهل مودع ماضيع المال يخسر

(كتاب الهبة)

وجه المناسبة ظاهر (هى) لغة التفضل على الغير ولو غير مال وشرعا (تمليك العين مجانا) أى بلا عوض لا أن عدم العوض شرط فيه وأما تمليك الدين من غير من عليه الدين فان أمره بقبضه صحت لرجوعها الى هبة العين

(وسببها ارادة الخير للواهب) دنيوى كعوض ومحبة وحسن ثناء وأخروى قال الامام أبو منصور يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه أن يعلمه التوحيد والايمان اذ حب الدنيا رأس كل خطيئة نهاية وهى مندوبة وقبولها سنة قال صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا (وشرائط صحتها فى الواهب العقل والبلوغ والملك) فلا تصح هبة صغير ورقيق ولو مكاتبا (و) شرائط صحتها (فى الموهوب ان يكون مقبوضا غير مشاع مميزا غير مشغول) كما سيتضح (وركنها) هو (الايجاب والقبول) كما سيجىء (وحكمها ثبوت الملك للموهوب له غير لازم) فله الرجوع والفسخ (وعدم صحة خيار الشرط فيها)

(قوله وأىّ معير الخ) أرض آجرها المالك للزراعة ثم اعارها من المستأجر وزرعها المستعير فلا يملك استرجاعها لما فيه من الضرر وتنفسخ الاجارة حين الاعارة ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله يجوز رجوعه) والجواب أن هذا الابن مملوك الغير والمملوك لا يملك شيأ فيقع لغيره وهو سيده فيصح الرجوع كذا فى الهامش (قوله وهل مودع) المودع لو دفع الوديعة الى الوارث بلا أمر القاضى ضمن ان كانت مستغرقة بالدين ولم يكن مؤتمنا والا فلا اذا دفع لبعضهم فوائد زينية كذا فى الهامش

(كتاب الهبة)

(قوله وجه المناسبة ظاهر) لان ماقبلها تمليك المنفعة بلا عوض وهى تمليك العين كذلك (قوله مجانا) زاد ابن الكمال للعال لاخراج الوصية (قوله بلا عوض) أى بلا شرط عوض فهو على حذف مضاف لكن هذا يظهر لو قال بلا عوض كما فى الكنز لان معنى مجانا عدم العوض لا عدم اشتراطه على انه اعترضه الحموى كما فى ابى السعود بأن قوله بلا عوض نص فى اشتراط عدم العوض والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان اه أى فلا يتم المراد بما ارتكبه وهو شمول التعريف للهبة بشرط العوض لانه يلزم خروجها عن التعريف حينئذ كما نبه عليه فى العزمية أيضا قلت والتحقيق انه ان جعلت الباء للملابسة متعلقة بمحذوف حالا من تمليك لزم ماذكر أما لو جعل المحذوف خبرا بعد خبر أى هى كائنة بلا شرط عوض على معنى أن العوض فيها غير شرط بخلاف البيع والاجارة فلا يرد ماذكر فتدبر (قوله شرط فيه) والا لما شمل الهبة بشرط العوض ح (قوله وأما تمليك الدين الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع انه هبة فيخرج عن التعريف فأجاب بأنه يكون عينا مآلا فالمراد بالعين فى التعريف ما كان عينا حالا أو مآلا قال بعض الفضلاء ولهذا لا يلزم الا اذا قبض وله الرجوع قبله فله منعه حيث كان بحكم النيابة عن القبض وعليه تبتنى مسئلة موت الواهب قبل قبض الموهوب له فى هذه فتأمل بقى هل الاذن يتوقف على المجلس الظاهر نعم فليراجع ولا ترد هبة الدين ممن عليه فانه مجاز عن الابراء والفرد المجازى لا ينقض والله سبحانه أعلم اه (قوله صحت) أى ويكون وكيلا عنه فيه قال فى البحر عن المحيط ولو وهب دينا له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة استحسانا فيصير قابضا للواهب بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بحكم الهبة وان لم يأذن بالقبض لم يجز اه وفى أبى السعود عن الحموى ومنه يعلم أن تصيير معلومه المتجمد للغير بعد فراغه له غير صحيح مالم يأذنه بالقبض وهى واقعة الفتوى وقال فى الاشباه صحت ويكون وكيلا قابضا للموكل ثم لنفسه ومقتضاه عزله عن التسليط قبل القبض اه (قوله قال الامام) بيان للاخروى ح (قوله يعلم) بكسر اللام مشددة (قوله تهادوا تحابوا) بفتح تاء تهادوا وهائه ودالّه واسكان واوه وتحابوا بفتح تائه وحائه وضم بائه مشددة (قوله ولو مكاتبا) فغيره كالمدبر وأم الولد والمبعض بالاولى (قوله صحتها) أى بقائها على الصحة كما سيأتى (قوله مقبوضا) رجل أضل لؤلؤة فوهبها الآخر وسلطه على طلبها وقبضها متى وجدها قال أبو يوسف هذه هبة فاسدة لانها على خطر والهبة لا تصح مع الخطر وقال زفر تجوز خانية (قوله مشاع) أى فيما يقسم كما يأتى وهذا فى الهبة وأما اذا تصدق بالكل على اثنين فانه يجوز على الاصح بحر أى بخلاف ما اذا تصدق بالبعض على واحد فانه لا يصح كما يأتى آخر المتفرقات لكن سيأتى أيضا انه لا شيوع فى الاولى وقد ذكر فى البحر هنا أحكام المشاع وعقد لها فى جامع الفصولين ترجمة فراجعه (فائدة) من أراد أن يهب نصف دار مشاعا يبيع منه نصف الدار بثمن معلوم ثم يبريه عن الثمن بزازية (قوله هو الايجاب) وفى خزانة الفتاوى اذا دفع لابنه مالا فتصرف فيه الابن يكون للاب الا اذا دلت دلالة التمليك بيرى قلت فقد أفاد أن التلفظ بالايجاب والقبول لا يشترط بل تكفى القرائن الدالة على التمليك كمن دفع لفقير شيأ وقبضه ولم يتلفظ واحد منهما بشئ وكذا يقع فى الهدية ونحوها فاحفظه ومثله ما يدفعه لزوجته أو غيرها قال وهبت منك هذه العين فقبضها الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل قبلت صح لان القبض فى باب الهبة جار مجرى الركن فصار كالقبول ولوالجية وفى شرح المجمع لابن ملك عن المحيط لو كان أمره بالقبض حين وهب لا يتقيد بالمجلس ويجوز قبضه بعده (قوله والقبول) فيه خلاف ففى القهستانى وتصح الهبة بكوهبت وفيه دلالة على أن القبول ليس بركن كما أشار اليه فى الخلاصة وغيرها وذكر الكرمانى أن الايجاب

فلوشرطه صحت ان اختارها قبل تفرقهما وكذا لوابرأ صح الابراء وبطل الشرط خلاصة (و) حكمها انها (لاتبطل بالشروط الفاسدة) فهبة عبد على أن يعتقه تصح ويبطل الشرط (وتصح بايجاب كوهبت ونحلت وأطعمتك هذا الطعام ولو) ذلك (على وجه المزاح) بخلاف اطعمتك أرضى فانه عارية لرقبتها واطعام لغلتها بحر (أوالاضافة الى ما) أى الى جزء (يعبر به عن الكل كوهبت لك فرجها وجعلته لك) لان اللام للتمليك بخلاف جعلته باسمك فانه ليس بهبة وكذا هى لك حلال الا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة خلاصة (وأعمرتك هذا الشئ وحملتك على هذه الدابة) ناويا بالحمل الهبة كما مر (وكسوتك هذا الثوب ودارى لك هبة) أوعمرى (تسكنها) لان قوله تسكنها مشورة لاتفسير ٥٠٩ لان الفعل لايصلح تفسيرا للاسم فقد أشار عليه فى ملكه بأن يسكنه فان شاء قبل مشورته وان شاء لم يقبل (لا) لوقال (هبة سكنى أوسكنى هبة) بل تكون عارية أخذا بالمتيقن وحاصله أن اللفظ ان أنبأ عن تملك الرقبة فهبة أوالمنافع فعارية أو احتمل اعتبرالنية نوازل وفى البحر اغرسه باسم ابنى الاقرب الصحة (و) تصح (بقبول) أى فى حق الموهوب له أما فى حق الواهب فتصح بالايجاب وحده لانه متبرع حتى لوحلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر وبعكسه حنث بخلاف البيع (و) تصح (بقبض بلا اذن فى المجلس) فانه هنا كالقبول فاختص بالمجلس (وبعده به) أى بعد المجلس بالاذن وفى المحيط لو كان أمره بالقبض حين وهبه لايتقيد بالمجلس ويجوز القبض بعده (والتمكن من القبض كالقبض فلو وهب لرجل ثيابا فى صندوق مقفل ودفع اليه الصندوق لم يكن قبضا) لعدم تمكنه من القبض (وان مفتوحا كان قبضا لتمكنه منه) فانه كالتخلية فى البيع اختيار وفى الدرر والمختار صحته بالتخلية فى صحيح الهبة لافاسدها وفى النتف ثلاثة عشر عقدا لاتصح بلا قبض (ولونهاه) عن القبض (لم يصح) قبضه (مطلقا)

فى الهبة عقد تام وفى المبسوط ان القبض كالقبول فى البيع ولذا لووهب الدين من الغريم لم يفتقر الى القبول كما فى الكرمانى لكن فى الكافى والتحفة انه ركن وذكر فى الكرمانى انها تفتقر الى الايجاب لان ملك الانسان لاينقل الى الغير بدون تمليكه والى القبول لانه الزام الملك على الغير وانما يحنث اذا حلف أن لايهب فوهب ولم يقبل لان الغرض عدم اظهار الجود وقد وجد الاظهار ولعل الحق الاول فان فى التاويلات التصريح بانه غيرلازم ولذا قال أصحابنا لووضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز اه وسيأتى تمامه قريبا (قوله فلو شرطه) بأن وهبه على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام (قوله وكذا لوالخ) أى لايصح خيار الشرط اى لوأبرأه على انه بالخيار ثلاثة أيام يصح الابراء ويبطل الخيار منح وهذا مخالف لما مر فى باب خيار الشرط (قوله المزاح) رده المقدسى على صاحب البحر وأجبنا عنه فى هامشه (قوله بخلاف جعلته باسمك) قال فى البحر قيد بقوله لك لانه لوقال جعلته باسمك لايكون هبة ولهذا قال فى الخلاصة لوغرس لابنه كرما ان قال جعلته لابنى يكون هبة وان قال باسم ابنى لايكون هبة ولوقال اغرس باسم ابنى فالامر متردد وهو الى الصحة أقرب اه وفى المنح عن الخانية بعد هذا قال جعلته لابنى فلان يكون هبة لان الجعل عبارة عن التمليك وان قال اغرس باسم ابنى لايكون هبة وان قال جعلته باسم ابنى يكون هبة لان الناس يريدون به التمليك والهبة اه وفيه مخالفة لما فى الخلاصة كما لايخفى اه قال الرملى أقول مافى الخانية أقرب لعرف الناس تأمل اه وهنا تكملة لهذه لكن أظن انها مضروب عليها لذهبها بما مر وهى وظاهره انه اقره على المخالفة وفيه أن مافى الخانية فيه لفظ الجعل وهو مراد به التمليك بخلاف مافى الخلاصة اه تأمل نعم عرف الناس التمليك مطلقا تأمل (قوله ليس بهبة) بقى مالوقال ملكتك هذا الثوب مثلا فان قامت قرينة على الهبة صحت والا فلا لان التمليك اعم منها لصدقه على البيع والوصية والاجارة وغيرها وانظر ما كتبناه فى آخر هبة الحامدية وفى الكازرونى انها هبة (فروع) فى الهامش رجل قال لرجل قد متعتك بهذا الثوب أوهذه الدراهم فقبضها فهى هبة وكذا لوقال لامرأة قد تزوجها على مهر مسمى قد متعتك بهذه الثياب أوبهذه الدراهم فهى هبة كذا فى محيط السرخسى فتاوى هندية أعطى لزوجته دنانير لتتخذ بها ثيابا وتلبسها عنده فدفعتها معاملة فهى لها قنية اتخذ لولده الصغير ثوبا يملكه وكذا الكبير بالتسليم بزازية لودفع الى رجل ثوبا وقال ألبس نفسك ففعل يكون هبة ولودفع دراهم وقال أنفقها عليك يكون قرضا باقانى اتخذ لولده ثيابا ليس له أن يدفعها الى غيره الا اذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية وكذا لواتخذ لتلميذه ثيابا فأبق التلميذ فأراد أن يدفعها الى غيره بزازية كذا فى الهامش (قوله مشورة) بضم الشين أى فقد أشار فى ملكه بأن يسكنه فان شاء قبل مشورته وان شاء لم يقبل كقوله هذا الطعام لك تاكله أوهذا الثوب لك تلبسه بحر (قوله لوقال هبة سكنى) منصوب على الحال أوالتميز بحر (قوله أوسكنى هبة) بالنصب (قوله باسم ابنى) قدمنا الكلام فيه قريبا أقول قوله جعلته باسمك غير صحيح كما مر فكيف يكون ماهو أدنى رتبة منه أقرب الى الصحة سائحانى قلت قد يفرق بأن مامر ليس خطابا لابنه بل لاجنبى وماهنا مبنى على العرف تأمل (قوله وتصح بقبول) أى ولوفعلا ومنه وهبت جاريتى هذه لاحدكما فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهما تكون له وكان أخذه قبولا ومافى المحيط من انها تدل على انه لايشترط فى الهبة القبول مشكل بحر قلت يظهر لى انه أراد بالقبول قولا وعليه يحمل كلام غيره أيضا وبه يظهر التوفيق بين القولين باشتراط القبول وعدمه والله الموفق وقدمنا نظيره فى العارية وانظر ما كتبناه على البحر نعم القبول شرط لو كان الموهوب فى يده كما يأتى (قوله بخلاف البيع) فانه ان لم يقبل لم يحنث (قوله صحته) أى القبض بالتخلية قال فى التاترخانية وهذا الخلاف فى الهبة الصحيحة فأما الهبة الفاسدة فالتخلية ليست بقبض اتفاقا والاصح أن الاقرار بالهبة لايكون اقرارا بالقبض خانية (قوله وفى النتف ثلاثة عشر)

ولوفى المجلس لانّ الصريح أقوى من الدلالة (وتتمّ) الهبة (بالقبض) الكامل (ولوالموهوب شاغلا لملك الواهب لامشغولا به) والاصل أن الموهوب ان مشغولا بملك الواهب منع تمامها وان شاغلا لافلو وهب جرابافيه طعام الواهب أودارافيها متاعه أودابة عليها سرجه وسلمها كذلك لاتصح وبعكسه تصح فى الطعام والمتاع والسرج فقط لانّ كلامنها شاغل لملك الواهب لامشغول به لانّ شغله بغيرملك واهبه لايمنع تمامها كرهن وصدقة لانّ القبض شرط تمامها وتمامه فى العمادية وفى الاشباه هبة المشغول لاتجوزالااذاوهب الاب لطفله قلت وكذا الدارالمعارة والتى وهبتهالزوجها على المذهب لانّ المرأة ومتاعها فى يدالزوج فصح التسليم وقدغيرت بيت الوهبانية فقلت

ومن وهبت للزوج دارالهابها
متاع وهم فيهاتصح المحرّر

وفى الجوهرة وحيلة هبة المشغول أن يودع الشاغل أوّلاعندالموهوب له ثم يسلمه الدارمثلا فتصح لشغلها بمتاع فى يده (فى) متعلق بتتمّ (محوز) مفرغ (مقسوم ومشاع لا) يبقى منتفعا به بعدأن (يقسم)

أحدهاالهبة والثانى الصدقة والثالث الرهن والرابع الوقف فى قول محمدبن الحسن والاوزاعى وابن شبرمة وابن أبى ليلى والحسن بن صالح والخامس العمرى والسادس النحلة والسابع الجنين والثامن الصلح والتاسع رأس المال فى السلم والعاشر البدل فى السلم اذاوجد بعضه زيوفافان لم يقبض بدلهاقبل الافتراق بطل حصتها من السلم والحادى عشر الصرف والثانى عشر اذاباع الكيلى بالكيلى والجنس مختلف مثل الحنطة بالشعيرجازفيه التفاضل لاالنسيئة والثالث عشر اذاباع الوزنى بالوزنى مختلفامثل الحديد بالصفر أوالصفر بالنحاس أوالنحاس بالرصاص جازفيها التفاضل لاالنسيئة منح الغفار كذا فى الهامش (قوله بالقبض) فيشترط القبض قبل الموت ولو كانت فى مرض الموت للاجنبى كماسبق فى كتاب الوقف كذا فى الهامش (قوله بالقبض الكامل) وكل الموهوب له رجلين بقبض الدارفقبضاها جاز خانية (قوله منع تمامها) اذالقبض شرط فصولين وكلام الزيلعى يعطى أن هبة المشغول فاسدة والذى فى العمادية انهاغيرتامة قال الحموى فى حاشية الاشباه فيحتمل أنّ فى المسئلة روايتين كماوقع الاختلاف فى هبة المشاع المحتمل للقسمة هل هى فاسدة أوغيرتامة والاصح كمافى البناية انهاغيرتامة فكذلك هنا كذا بخط شيخنا ومنه يعلم ماوقعت الاشارة اليه فى الدرّ المختارفأشارالى أحدالقولين بماذكره أوّلا من عدم التمام والى الثانى بماذكره آخرامن عدم الصحة فتدبر أبوالسعود واعلم أن الضابط فى هذا المقام أنّ الموهوب اذا اتصل بملك الواهب اتصال خلقة وأمكن فصله لاتجوزهبته مالم يوجد الانفصال والتسليم كمااذاوهب الزرع أوالثمر بدون الارض والشجرأوبالعكس وان اتصل اتصال مجاورة فان كان الموهوب مشغولا بحق الواهب لم يجز كمااذا وهب السرج على الدابة لانّ استعمال السرج انمايكون للدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة فتوجب نقصانافى القبض وان لم يكن مشغولا جازاذاوهب دابة مسرجة دون سرجهالانّ الدابة تستعمل بدونه ولووهب الحمل عليهادونها جازلانّ الحمل غيرمستعمل بالدابة ولووهب داراودون مافيها من متاعه لم يجزوان وهب مافيهاوسلمه دونها جاز كذافى المحيط شرح مجمع (قوله وان شاغلا) تجوزهبة الشاغل لاالمشغول فصولين أقول هذاليس على اطلاقه فانّ الزرع والشجرفى الارض شاغل لامشغول ومع ذلك لاتجوزهبته لاتصاله بها تأمّل خيرالدين على الفصولين (قوله فلووهب الخ) وان وهب داراوفيهامتاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضاجازت الهبة فيهما لانه حين هبة الدارلم يكن للواهب فيها شئ وحين هبة المتاع فى الاولى زال المانع عن قبض الدارلكن لم يوجد بعدذلك فعل فى الدارليتمّ قبضه فيهافلا ينقلب القبض الاوّل صحيحا فى حقها بحر عن المحيط (قوله وسلمها كذلك الخ) قال صاحب الفصولين فيه نظراذالدابة شاغلة للسرج واللجام لامشغولة يقول الحقير صل أى الاصل عكس فى هذا والظاهر أنّ هذاهوالصواب يؤيده مافى قاضى خان وهب أمة عليهاحلى وثياب وسلمهاجاز ويكون الحلى ومافوق مايسترعورتهامن الثياب للواهب لمكان العرف ولووهب الحلى والثياب دونهالايجوزحتى ينزعهما ويدفعهماالى الموهوب له لانهمامادامامعليها يكون تبعالهاومشغولابالاصل فلاتجوزهبته نورالعين (قوله لانّ شغله) تعليل لقوله لامشغول به أى بملك الواهب حيث قيده بملك الواهب فافهم أقول الذى فى البحروالمنح وغيرهماتصوير المشغول بملك الغير بمااذا ظهر المتاع مستحقا أوكان غصبه الواهب أوالموهوب له وانظرما كتبناه على البحرعن جامع الفصولين (قوله بغيرملك واهبه) وفى بعض النسخ بملك غيرواهبه اه (قوله كرهن وصدقة) أى كماأن شغل الرهن والصدقة بملك غيرالراهن وغيرالمتصدّق لايمنع تمامهاكمافى المحيط وغيره مدنى قال فى المنح وكل جواب عرفته فى هبة الداروالجوالق بمافيهامن المتاع فهوالجواب فى الرهن والصدقة لانّ القبض شرط تمامهاكالهبة (قوله الااذاوهب) كأن وهبه داراوالاب ساكنها أوله فيهامتاع لانهامشغولة بمتاع القابض وهومخالف لمافى الخانية فقدجزم أوّلا بأنه لاتجوز ثم قال وعن أبى حنيفة فى المجرّد تجوز ويصيرقابضاالابنه تأمّل (قوله وكذا الدار) مستدرك بأنّ الشغل هنابغيرملك الواهب والمرادشغله بملكه (قوله المعارة) أى لووهب طفله دارايسكن فيهاقوم بغيرأجرجاز ويصيرقابضالابنه لالوكان بأجر كذانقل عن الخانية (قوله تصح المحرّر) وكان أصله وهم فيهافقولان يزربضم الميم من هم لاجل الوزن. (قوله مفرغ) تفسيرلمحوز واحترزبه عن هبة الثمرعلى النخل ونحوه لماسيأتى درر (قوله بعدأن يقسم) ويشترط فى صحة هبة المشاع الذى

قوله بضم الميم الخ لاحاجة اليه كمالايخفى اه مصححه

لايحتملها

لايحتملها أن يكون قدرا معلوما حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلمه به لم يجز لانها جهالة توجب المنازعة بحر وانظر ما كتبناه عليه (قوله وحمام) فيه أن الحمام مما لا يقسم مطلقا ح كذا فى الهامش (قوله فى عامة الكتب) وصرح به الزيلعى وصاحب البحر منح (قوله هو المذهب) راجع لمسئلة الشريك كما فى المنح (قوله وهو المختار) قال الرملى وجد بخط المؤلف يعنى صاحب المنح بازاء هذا ما صورته ولا يخفى عليك انه خلاف المشهور (قوله فان قسمه) أى الواهب بنفسه أو نائبه أو أمر الموهوب له بأن يقسم مع شريكه كل ذلك تتم به الهبة كما هو ظاهر لمن عنده أدنى فقه تأمل رملى والتخلية فى الهبة الصحيحة قبض لا فى الفاسدة جامع الفصولين (قوله ولو سلمه شائعا الخ) قال فى الفتاوى الخيرية ولا تفيد الملك فى ظاهر الرواية قال الزيلعى ولو سلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه فيكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوى وقاضى خان وروى عن ابن رستم مثله وذكر عصام انها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ اه ومع افادتها للملك عند هذا البعض اجمع الكل على أن للواهب استردادها من الموهوب له ولو كان ذا رحم محرم من الواهب قال فى جامع الفصولين رامزا لفتاوى الفضلى ثم اذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه اذ الفاسدة مضمونة على مامر فاذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اه وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته لكونها مستحقة الرد وتضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد اذا مات أحد المتبايعين فلورثته نقضه لانه مستحق الرد ومضمون بالهلاك ثم من المقرر أن القضاء يتخصص فاذا ولى السلطان قاضيا ليقضى بمذهب أبى حنيفة لا ينفذ قضاؤه بمذهب غيره لانه معزول عنه بتخصيصه فالتحق فيه بالرعية نص على ذلك علماؤنا رحمهم الله تعالى اه ما فى الخيرية وأفتى به فى الحامدية أيضا والتاجية وبه جزم فى الجوهرة والبحر ونقل عن المبتغى بالغين المعجمة انه لو باعه الموهوب له لا يصح وفى نور العين عن الوجيز الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض ولا يثبت الملك فيها الا عند اداء العوض نص عليه محمد فى المبسوط وهو قول أبى يوسف اذ الهبة تنقلب عقد معاوضة اه وذكر قبله هبة المشاع فيما يقسم لا تفيد الملك عند أبى حنيفة وفى القهستانى لا تفيد الملك وهو المختار كما فى المضمرات وهذا مروى عن أبى حنيفة وهو الصحيح اه فحيث علمت انه ظاهر الرواية وانه نص عليه محمد ورووه عن أبى حنيفة ظهر أنه الذى عليه العمل وان صرح بأن المفتى به خلافه ولا سيما انه يكون ملكا خبيثا كما يأتى ويكون مضمونا كما علمته فلم يجد نفعا للموهوب له فاغتنمه وانما اكثرت النقل فى مثل هذه لكثرة وقوعها وعدم تنبه اكثر الناس للزوم الضمان على قول المخالف ورجاء لدعوة نافعة فى الغيب (قوله بالقبض) لكن ملكا خبيثا وبه يفتى قهستانى أى وهو مضمون كما علمته آنفا فتنبه وفى حاشية المنح ومع افادتها للملك يحكم بنقضها للفساد كالبيع الفاسد ينقض له تأمل (قوله فى البزازية) عبارتها وهل يثبت الملك بالقبض قال الناطفى عند الامام لا يفيد الملك وفى بعض الفتاوى يثبت فيها فاسدا وبه يفتى ونص فى الاصل انه لو وهب نصف داره من آخر وسلمها اليه فباعها الموهوب له لم يجز دل انه لا يملك حيث ابطل البيع بعد القبض ونص فى الفتاوى انه هو المختار ورأيت بخط بعض الافاضل على هامش المنح بعد نقله ذلك وأنت تراه عزا رواية افادة الملك بالقبض والافتاء بها الى بعض الفتاوى فلا تعارض رواية الاصل ولذا اختارها قاضى خان وقوله لفظ الفتوى الخ قد يقال بمنع عمومه لا سيما مثل هذه الصيغة فى مثل سياق البزازى فاذا تأملته تقتضى برجحان ما دل عليه الاصل اه (قوله وتعقبه) قد علمت ما فيه مما قدمناه عن الخيرية فتنبه (قوله للعقد لا طارئ) أقول منه ما لو وهب دارا فى مرضه وليس له سواها ثم مات ولم يجز الورثة الهبة بقيت الهبة فى ثلثها وتبطل فى الثلثين كما صرح به فى الخانية (قوله البعض الشائع) أى حكما لان الزرع مع الارض بحكم الاتصال كشئ واحد فاذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة فتبطل الهبة فى الباقى كذا فى الكافى درر قال فى الخانية والزرع لا يشبه المتاع (قوله بالبينة) لينظر فيما لو ظهر باقرار الموهوب له أما باقرار الواهب فالظاهر أنه لغو لانه أقر بملك الغير (قوله لانه كشاع) قال فى شرح الدرر هذه نظائر المشاع لا امثلتها فلا شيوع فى شئ منها لكنها فى حكم المشاع حتى اذا فصلت وسلمت صح وقوله لانه بمنزلة المشاع اقول لا يذهب عليك انه لا يلزم أن يأخذ حكمه فى كل شئ والا لزم أن لا تجوز هبة النخل من صاحب الارض وكذا عكسه والظاهر خلافه والفرق بينهما انه ما من جزء من

كبيت وحمام صغيرين لانها (لا) تتم بالقبض (فيما يقسم ولو) وهبه (لشريكه) أو لاجنبى لعدم تصور القبض الكامل كما فى عامة الكتب فكان هو المذهب وفى الصيرفية عن العتابى وقيل يجوز لشريكه وهو المختار (فان قسمه وسلمه صح) لزوال المانع (ولو سلمه شائعا لا يملكه فلا ينفذ تصرفه فيه) فيضمنه وينفذ تصرف الواهب درر لكن فيها عن الفصولين الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى ومثله فى البزازية على خلاف ما صححه فى العمادية لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما بسطه المصنف مع بقية أحكام المشاع وهل للقريب الرجوع فى الهبة الفاسدة قال فى الدرر نعم وتعقبه فى الشرنبلالية بأنه غير ظاهر على القول المفتى به من افادتها الملك بالقبض فليحفظ (والمانع) من تمام القبض (شيوع مقارن) للعقد (لا طارئ) كأن رجع فى بعضها شائعا فانه لا يفسدها اتفاقا (والاستحقاق) شيوع (مقارن) لا طارئ فيفسد الكل حتى لو وهب أرضا وزرعا وسلمهما فاستحق الزرع بطلت فى الارض لاستحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة والاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستندا الى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طارئا كما زعمه صدر الشريعة وان تبعه ابن الكمال فتنبه (ولا تصح هبة لبن فى ضرع وصوف على غنم ونخل فى أرض وتمر فى نخل) لانه كمشاع

قوله لا امثلتها لعل الاولى لا امثلته وقوله لانه بمنزلة المشاع محل نظر فان عبارة الشارح لانه كمشاع وعبارة شرح الدرر لكنها فى حكم المشاع وليحرر اه مصححه

المشاع وان دق الاولِلشريك فيه ملك فلا تصح هبته ولو من الشريك لانّ القبض الكامل فيه لا يتصوّر وأما نحو النخل فى الارض والتمر فى النخل والزرع فى الارض لو كان كل واحد منها لشخص فوهب صاحب النخل نخله كله لصاحب الارض أو عكسه فان الهبة تصح لانّ ملك كل منهما متميز عن الآخر فيصح قبضه بتمامه ولم أر من صرّح به لكن يؤخذ الحكم من كلامهم ولكن اذا وجد النقل فلا يسعنا الا التسليم (فرع) له عليه عشرة فقضاها فوجد القابض دانقا زائدا فوهبه للدائن أو للبائع ان الدراهم صحاحا يضرّها التبعيض يصح لانه مشاع لا يحتمل القسمة وكذا هبة بعض الدراهم والدنانير ان ضرّها التبعيض تصح والالا بزازية (قوله ظاهر الدررنعم) اقول صرّح به فى الخانية فقال ولو وهب زرعا بدون الارض أو تمرا بدون النخل وأمره بالحصاد والجذاذ ففعل الموهوب له ذلك جاز لانّ قبضه بالاذن يصح فى المجلس وبعده وفى الحامدية عن جامع الفتاوى ولو وهب زرعا فى أرض أو ثمرا فى شجر أو حلية سيف أو بناء دار أو دينارا على رجل أو قفيزا من صبرة وأمره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والقبض والكيل ففعل صح استحسانا الخ (قوله أصلا) أى وان سلمها مفرزة (قوله لانه معدوم) أى حكما وكذا لو وهب الحمل وسلم بعد الولادة لا يجوز لانّ فى وجوده احتمالا فصار كالمعدوم منح (قوله جديد) وهذا لانّ الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين اخر على ما عرف فى الغصب بخلاف المشاع لانه محل للملك لانه لا يمكن تسليمه فاذا ازال المانع جاز منح (قوله بالقبول) انما اشترط القبول نصا لانه اذا لم يوجد كذلك يقع الملك فيها بغير رضاه لانه لا حاجة الى القبض ولا يجوز ذلك لما فيه من توهم الضرر بخلاف ما اذا لم يكن فى يده وأمره بقبضه فانه يصح اذا قبض ولا يشترط القبول لانه اذا اقدم على القبض كان ذلك قبولا ورضى منه بوقوع الملك له فيملكه ط ملخصا وهذا معنى قوله بعد لانه حينئذ عامل لنفسه أى حين قبل صريحا (قوله بلا قبض) أى بان يرجع الى الموضع الذى فيه العين ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضها قهستانى (قوله ولو بغصب) انظر الزيلعى (قوله عن الآخر) كما اذا كان عنده وديعة فأعارها صاحبها له فان كلا منهما قبض امانة فناب أحدهما عن الآخر (قوله عن الادنى) فناب قبض المغصوب والمبيع فاسدا عن قبض المبيع الصحيح ولا ينوب قبض الامانة عنه منح (قوله لا عكسه) فقبض الوديعة مع قبض الهبة يتجانسان لانهما قبض امانة ومع قبض الشراء يتغايران لانه قبض ضمان فلا ينوب الاول عنه كما فى المحيط ومثله فى شرح الطحاوى لكنه ليس على اطلاقه فانه اذا كان مضمونا بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا ينوب قبضه عن القبض الواجب كما فى المستصفى ومثله فى الزاهدى فلو باع من المودع احتاج الى قبض جديد وتمامه فى العمادى قهستانى (قوله على الطفل) فلو بالغا يشترط قبضه ولو فى عياله تاترخانية (قوله فى الجملة) أى ولو لم يكن له تصرّف فى ماله (قوله بالعقد) أى الايجاب فقط كما يشير اليه الشارح كذا فى الهامش وهذا اذا اعلمه أو أشهد عليه والاشهاد للتحرّز عن الجحود بعد موته والاعلام لازم لانه بمنزلة القبض بزازية قال فى التاترخانية فلو أرسل العبد فى حاجة أو كان آبقا فى دار الاسلام فوهبه من ابنه صحت فلو لم يرجع العبد حتى مات الاب لا يصير ميراثا عن الاب اهـ (قوله لو الموهوب الخ) لعله احتراز عن نحو وهبته شيأ من مالى تأمل (قوله معلوما) قال محمد رحمه الله كل شئ وهبه لابنه الصغير وأشهد عليه وذلك الشئ معلوم فى نفسه فهو جائز والقصد أن يعلم ما وهبه له والاشهاد ليس بشرط لازم لانّ الهبة تتمّ بالاعلام تاترخانية (قوله أو يد مودعه) اى أو يد مستعيره لا كونه فى يد غاصبه أو مرتهنه أو المشترى منه بشراء فاسد بزازية قال السائحانى انه اذا انقضت الاجارة أو ارتدّ الغصب تتمّ الهبة كما تتمّ فى نظائره (قوله يتولاه) كبيعه ماله من طفله تاترخانية (قوله ثم وصيه) ثم الوالى ثم القاضى ووصىّ القاضى كما سيأتى فى المأذون ومرّ قبيل الوكالة فى الخصومة والوصىّ كالاب والامّ كذلك لو الصبىّ فى عيالها ان وهبت له أو وهب له تملك الامّ القبض وهذا اذا لم يكن للصبىّ اب ولا جدّ ولا وصيهما وذكر الصدر أن عدم الاب لقبض الامّ ليس بشرط وذكر فى الرجل اذا زوّج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة لها ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ وفى التجريد قبض الزوج يجوز اذا لم يكن الاب حيا فلو أن الاب ووصيه والجدّ ووصيه غائب غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتولاه ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصغير فى عياله أو لا وسواء كان ذا رحم محرم أو اجنبيا وان لم يكن واحد من هؤلاء الاربعة جاز

(ولو فصله وسلمه جاز) لزوال المانع وهل يكفى فصل الموهوب له باذن الواهب ظاهر الدرر نعم (بخلاف دقيق فى برّ ودهن فى سمسم وسمن فى لبن) حيث لا يصح أصلا لانه معدوم فلا يملك الا بعقد جديد (وملك) بالقبول (بلا قبض جديد لو الموهوب فى يد الموهوب له) ولو بغصب أو أمانة لانه حينئذ عامل لنفسه والاصل أن القبضين اذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر واذا تغايرا ناب الاعلى عن الادنى لا عكسه (وهبة من له ولاية على الطفل فى الجملة) وهو كل من يعوله فدخل الاخ والامّ عند عدم الاب لو فى عيالهم (تتمّ بالعقد) لو الموهوب معلوما وكان فى يده أو يد مودعه لانّ قبض الولىّ ينوب عنه والاصل أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالايجاب (وان وهب له اجنبى يتمّ بقبض وليه) وهو أحد أربعة الاب ثم وصيه ثم الجدّ ثم وصيه وان لم يكن فى حجرهم

وعند عدمهم تتم بقبض من يعوله كعمه (وأمه وأجنبي) ولو ملتقطا (لو في حجرهما) والا لا لفوات الولاية (وبقبضه لو مميزا) يعقل التحصيل (ولو مع وجود أبيه) مجتبى لانه في النافع المحض كالبالغ حتى لو وهب له أعمى لا نفع له وتلحقه مؤنته لم يصح قبوله أشباه قلت لكن في البرجندي اختلف فيما لو قبض من يعوله والاب حاضر فقيل لا يجوز والصحيح هو الجواز اه وظاهر القهستاني ترجيحه وعزاه لفخر الاسلام وغيره على خلاف ما اعتمده المصنف في شرحه وعزاه للخلاصة لكن متنه يحتمله بوصل ولو بأمه ٥١٣ والاجنبي أيضا فتأمل (وصح رده لها كقبوله) سراجية وفيها حسنات الصبي له ولابويه أجر التعليم ونحوه ويباح لوالديه أن يأكلا من مأكول وهب له وقيل لا انتهى فأفاد أن غير المأكول لا يباح لهما الا لحاجة ووضعوا هدايا الختان بين يدي الصبي فما يصلح له كثياب الصبيان فالهدية له والا فان المهدي من أقرباء الاب أو معارفه فللاب أو من معارف الام فللام قال هذا للصبي أو لا ولو قال أهديت للاب أو للام فالقول له وكذا زفاف البنت خلاصة وفيها اتخذ لولده أو لتلميذه ثيابا ثم أراد دفعها لغيره ليس له ذلك ما لم يبين وقت الاتخاذ انها عارية وفي المبتغى ثياب البدن يملكها بلبسها بخلاف نحو ملحفة ووسادة وفي الخانية لا بأس بتفضيل بعض الاولاد في المحبة لانها عمل القلب وكذا في العطايا ان لم يقصد به الاضرار وان قصده يسوي بينهم يعطي البنت كالابن عند الثاني وعليه الفتوى ولو وهب في صحته كل المال للولد جاز وأثم وفيها لا يجوز أن يهب شيأ من مال طفله ولو بعوض لانها تبرع ابتداء وفيها ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته (ولو قبض زوج الصغيرة) أما البالغة فالقبض لها (بعد الزفاف ما وهب لها صح) قبضه ولو بحضرة الاب في الصحيح

قوله يمكنه الدفع اليه لعل صوابه الى غيره وليحرر اه مصححه

قبض من كان الصبي في حجره ولم يجز قبض من لم يكن في عياله بزازية قال في البحر والمراد بالوجود الحضور اه وفي غاية البيان ولا تملك الام وكل من يعول الصغير مع حضور الاب وقال بعض مشايخنا يجوز اذا كان في عيالهم كالزوج وعنه احترز في المتن بقوله في الصحيح اه ويملك الزوج القبض لها مع حضور الاب بخلاف الام وكل من يعولها غير الزوج فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضور الاب لا ضرورة جوهرة واذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لان التأخير الى قدوم الغائب تفويت للمنفعة للصغير فتنتقل الولاية الى من يتلوه كما في الانكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء مع وجود أحدهم ولو في عيال القابض أو رحما محرما منه كالاخ والعم والام بدائع ملخصا ولو قبض له من هو في عياله مع حضور الاب قيل لا يجوز وقيل يجوز وبه يفتى مشتمل الاحكام والصحيح الجواز كما لو قبض الزوج والاب حاضر خانية والفتوى على انه يجوز استروشني فقد علمت أن الهداية والجوهرة على تصحيح عدم جواز قبض من يعوله مع عدم غيبة الاب وبه جزم صاحب البدائع وقاضي خان وغيره من أصحاب الفتاوى صححوا خلافه وكن على ذكر مما قالوا لا يعدل عن تصحيح قاضي خان فانه فقيه النفس ولا سيما وفيه هنا أنفع للصغيرة فتأمل عند الفتوى وانما أكثرت من النقول لانها واقعة الفتوى وبعض هذه النقول نقلتها من خط منلا علي التركماني واعتمدت في عزوها عليه فانه ثقة ثبت رحمه الله تعالى (قوله عدمهم) ولو بالغيبة المنقطعة (قوله يعقل التحصيل) تفسير التمييز (قوله لكن) استدراك على قوله وعند عدمهم ح (قوله بوصل ولو بامه) يعني جاز وصل قول المتن ولو مع وجود أبيه بقوله بأمه وأجنبي ح كذا في الهامش (قوله ولو بأمه) متعلق بوصل (قوله وصح رده) أي رد الصبي وانظر حكم رد الولي والظاهر أنه لا يصح حتى لو قبل الصبي بعد رد وليه يصح ط (قوله لها) أي للهبة (قوله وهب له) قال في التاترخانية روي عن محمد نصا انه يباح وفي الذخيرة وأكثر مشايخ بخارى على انه لا يباح وفي فتاوى سمرقند اذا أهدى الفواكه للصغير يحل للابوين الاكل منها اذا أريد بذلك الابوان لكن الاهداء للصغير استصغارا للهدية اه قلت وبه يحصل التوفيق ويظهر ذلك بالقرائن وعليه فلا فرق بين المأكول وغيره بل غيره أظهر فتأمل (قوله فأفاد) أصله لصاحب البحر وتبعه في المنح (قوله الا لحاجة) قال في التاترخانية واذا احتاج الاب الى مال ولده فان كانا في المصر واحتاج لفقره أكل بغير شيء وان كانا في المفازة واحتاج اليه لانعدام الطعام معه فله الاكل بالقيمة اه (قوله فالقول له) لانه هو المملك (قوله وكذا زفاف البنت) أي على هذا التفصيل بأن كان من أقرباء الزوج أو المرأة أو قال المهدي أهديت للزوج أو المرأة كما في التاترخانية وفي الفتاوى الخيرية سئل فيما يرسله الشخص الى غيره في الاعراس ونحوها هل يكون حكمه حكم القرض فيلزمه الوفاء به أم لا أجاب ان كان العرف بأنهم يدفعونه على وجه البدل يلزم الوفاء به ان مثليا فبمثله وان قيميا فبقيمته وان كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة ولا ينظرون في ذلك الى اعطاء البدل فحكمه حكم الهبة في سائر أحكامه فلا رجوع فيه بعد الهلاك أو الاستهلاك والاصل فيه أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا اه قلت والعرف في بلادنا مشترك نعم في بعض القرى يعدونه قرضا حتى انهم في كل وليمة يحضرون الخطيب يكتب لهم ما يهدى فاذا جعل المهدي وليمة يراجع المهدى الدفتر فيهدي الاول الى الثاني مثل ما أهدى اليه (قوله لولده) اي الصغير وأما الكبير فلا بد من التسليم كما في جامع الفتاوى وأما التلميذ فلو كبيرا فكذلك ويملك الرجوع عن هبته لو أجنبيا مع الكراهة ويمكن حمل قوله ليس له الرجوع عليه سائحاني (قوله أو لتلميذه) مسئلة التلميذ مفروضة بعد دفع الثياب اليه قال في الخانية اتخذ شيأ لتلميذه فأبق التلميذ بعد ما دفع اليه ان بين وقت الاتخاذ انه عارية يمكنه الدفع اليه فافهم (قوله وان قصده) بسكون الصاد ورفع الدال وعبارة المنح وان قصد به الاضرار وهكذا رأيته في الخانية (قوله وعليه الفتوى) أي على قول أبي يوسف من أن التنصيف بين الذكر والانثى أفضل من التثليث الذي هو قول محمد رملي (قوله ولو بعوض) وأجازها محمد بعوض مساو كما يذكر

لنيابته عنه فصح قبض الاب كقبضها مميزة (وقبله) أى الزفاف (لا) يصح لعدم الولاية (وهب اثنان دارا لواحد صح) لعدم الشيوع (وبقلبه) لكبيرين (لا) عنده للشيوع فيما يحتمل القسمة أما مالا يحتمله كالبيت فيصح اتفاقا قيدنا بكبيرين لانه لو وهب لكبير وصغير فى عيال الكبير أو لابنيه صغير وكبير لم يجز اتفاقا وقيدنا بالهبة لجواز الرهن والاجارة من اثنين اتفاقا (واذا تصدق بعشرة) دراهم (أو وهبها لفقيرين صح) لان الهبة للفقير صدقة والصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع (لا لغنيين) لان الصدقة على الغنى هبة فلا تصح للشيوع أى لا تملك حتى لو قسمها وسلمها صح (فروع) وهب لرجلين درهما ان صحيحا صح وان مغشوشا لا لانه مما يقسم لكونه فى حكم العروض * معه درهمان فقال لرجل وهبت لك أحدهما أو نصفهما ان استويا لم يجز وان اختلفا جاز لانه مشاع لا يقسم ولذا لو وهب ثلثهما جاز مطلقا * تجوز هبة حائط بين داره ودار جاره لجاره وهبة البيت من الدار فهذا يدل على كون سقف الواهب على الحائط واختلاط البيت بحيطان الدار لا يمنع صحة الهبة مجتبى

آخر الباب الآتى وعبارة المجمع وأجازها محمد بشرط عوض مساو اه وسيأتى قبيل المتفرقات سئل أبو مطيع عن رجل قال لآخر ادخل كرمى وخذ من العنب كم يأخذ قال يأخذ عنقودا واحدا وفى العتابية هو المختار وقال أبو الليث مقدار ما يشبع انسان تاترخانية وفيها عن التتمة سئل عمر النسفى عمن أمر أولاده أن يقسموا أرضه التى فى ناحية كذا بينهم وأراد به التمليك فاقتسموها وتراضوا على ذلك هل يثبت لهم الملك أم يحتاج الى أن يقول لهم الاب ملكتكم هذه الاراضى أو يقول لكل واحد منهم ملكتك هذا النصيب المفرز فقال لا وسئل عنها الحسن فقال لا يثبت لهم الملك الا بالقسمة وفى تجنيس الناصرى ولو وهب دارا لابنه الصغير ثم اشترى بها اخرى فالثانية لابنه الصغير خلافا لزفر ولو دفع الى ابنه مالا فتصرف فيه الابن يكون للابن اذا دلت دلالة على التمليك اه وسئل الفقيه عن امرأة وهبت مهرها الذى لها على الزوج لابن صغير له وقبل الاب قال أنا فى هذه المسئلة واقف فيحتمل الجواز لمن كان له عبد عند رجل وديعة فأبق العبد ووهبه مولاه من ابن المودع فانه يجوز وسئل مرة أخرى عن هذه المسئلة فقال لا يجوز وقال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ وفى العتابية وهو المختار تاترخانية (قوله دارا) المراد بها ما يقسم (قوله وبقلبه) وهو هبة واحد من اثنين قال فى الهامش دفع لرجل ثوبين وقال ايهما شئت فلك والآخر لابنك فلان ان بين قبل أن يتفرقا جاز والا لا له على آخر ألف نقد وألف غلة فقال وهبت منك احد المالين جاز والبيان اليه والى ورثته بعد موته بزازية (قوله لكبيرين) أى غير فقيرين والا كانت صدقة فتصح كما يأتى (قوله يحتمل القسمة) انظر القهستانى (قوله بكبيرين) هذه عبارة البحر وقد تبعه المصنف وظاهرها انهما لو كانا صغيرين فى عياله جاز عندهما وفى البزازية ما يدل عليه فراجعه وأقول كان الاولى عدم هذا القيد لانه لا فرق بين الكبيرين والصغيرين والكبير والصغير عند أبى حنيفة و يقول أطلق ذلك فأفاد أنه لا فرق بين أن يكونا كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيرا والآخر صغيرا وفى الاولين خلافهما رملى (قوله فى عيال الكبير) صوابه فى عيال الواهب كما يدل عليه كلام البحر وغيره (قوله أو لابنيه الخ) عبارة الخانية وهب داره لابنين له أحدهما صغير فى عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل بخلاف ما لو وهب من كبيرين وسلم اليهما جملة فان الهبة جائزة لانه لم يوجد الشيوع وقت العقد ولا وقت القبض وأما اذا كان أحدهما صغيرا فكما وهب يصير قابضا حصة الصغير فيتمكن الشيوع وقت القبض اه فليتأمل ثم ظهر أن هذا التفصيل مبنى على قولهما أما عنده فلا فرق بين الكبيرين وغيرهما فى الفساد (قوله لم يجز) والحيلة أن يسلم الدار الى الكبير ويهبها منهما بزازية وأفاد أنها للصغيرين تصح لعدم المرجح لسبق قبض أحدهما وحيث اتحد وليهما فلا شيوع فى قبضه ويؤيده قول الخانية دارى هذه لولدى الاصاغر يكون باطلا لانها هبة فاذا لم يبين الاولاد كان باطلا اه فأفاد أنه لو بين صح ورأيت فى الانقروى عن البزازية أن الحيلة فى صحة الهبة لصغير مع كبير أن يسلم الدار للكبير ويهبها منهما ولا يرد ما مر عن الخزانة ولو تصدق بداره على ولدين له صغيرين لم يجز لانه مخالف لما فى المتون والشروح سائحانى أى من أن الهبة لمن له ولاية تتم بالعقد (قوله اتفاقا) لتفرق القبض (قوله صدقة) انظر ما نكتبه بعد الباب عند قول المتن والصدقة كالهبة وفى المضمرات ولو قال وهبت منكما هذه الدار والموهوب لهما فقيران صحت الهبة بالاجماع تاترخانية لكن قال بعده وفى الاصل هبة الدار من رجلين لا تجوز وكذا الصدقة فيحتمل أن قوله وكذا الصدقة اى على غنيين والاظهر أن فى المسئلة روايتين اه قال فى البحر وصحح فى الهداية ما ذكره من الفرق (قوله لا لغنيين) هذا قوله وقالا يجوز وفى الاصل أن الهبة لا تجوز وكذا الصدقة عنده ففى الصدقة عنه روايتان خانية (قوله لا تملك) تقدم أن المفتى به أن الفاسدة تملك بالقبض فهو مبنى على ما قدمنا ترجيحه تأمل (قوله لو قسمها الخ) قاله فى البحر (قوله ان استويا) أى وزنا وجودة خانية (قوله جاز) مخالف لما فى الخانية فانه ذكر التفصيل فيما اذا قال نصفهما ثم قال وان قال أحدهما لك هبة لم يجز كانا سواء أو مختلفين (قوله ثلثهما جاز) هذا يفيد أن المراد بقوله سابقا أو نصفهما واحد منهما لا نصف كل والا فلا فرق بينه وبين الثلث فى الشياع بخلاف حمله على أن المراد أحدهما فانه مجهول فلا يصح (قوله مطلقا) استويا أو اختلفا منح (قوله تجوز هبة حائط الخ) وفى الذخيرة هبة البناء دون الارض جائزة وفى الفتاوى عن محمد فيمن وهب لرجل غلة وهى قائمة لا يكون قابضا لها حتى يقطعها ويسلمها اليه وفى الشراء اذا خلى بينه وبينها صار قابضا لها متفرقات التاترخانية وقدمنا نحوه عن

(باب الرجوع فى الهبة) (صح الرجوع فيها بعد القبض) أما قبله فلم تتم الهبة (مع انتفاء مانعه) الآتى (وان كره) الرجوع (تحريما) وقيل تنزيها نهاية (ولو مع اسقاط حقه من الرجوع) فلا يسقط باسقاطه خانية وفى الجواهر لا يصح الابراء عن الرجوع ولو صالحه من حق الرجوع على شئ صح وكان عوضا عن الهبة لكن سيجئ اشتراطه فى العقد (ويمنع الرجوع فيها) حروف (دمع خزقه) يعنى الموانع السبعة الآتية (فالدال الزيادة) فى نفس العين الموجبة لزيادة القيمة (المتصلة) وان زالت قبل الرجوع كأن شب ثم شاخ لكن فى الخانية ما يخالفه واعتمده القهستانى فليتنبه له لان الساقط لا يعود (كبناء وغرس) ان عدا زيادة فى كل الارض والا رجع ولو عدا فى قطعة منها امتنع فيها فقط زيلعى (وسمن) وجمال وخياطة وصبغ وقصر ثوب وكبر صغير وسماع اصم وابصار أعمى واسلام عبد ومداواته وعفو جناية وتعليم قرآن أو كتابة أو قراءة ونقط مصحف باعرابه وحمل تمر من بغداد الى بلخ مثلا ونحوها وفى البزازية والحبل ان زاد خيرا منع الرجوع وان نقص لا ولو اختلفا فى الزيادة ففى المتولدة ككبر القول للواهب وفى نحو بناء وخياطة وصبغ للموهوب له خانية وحاوى ومثله فى المحيط لكنه استثنى ما لو كان لا يبقى فى مثل تلك المدة (لا) تمنع الزيادة (المنفصلة كولد وارش وعقر) وثمرة فيرجع فى الاصل لا الزيادة لكن لا يرجع بالام حتى يستغنى الولد عنها كذا نقله القهستانى لكن نقل البرجندى وغيره انه قول ابى يوسف فليتنبه له

حاشية الفصولين للرملى

(باب الرجوع فى الهبة)

فى الهامش ولو قال الواهب اسقطت حقى فى الرجوع لا يبطل حقه فيه بزازية (قوله لكن سيجئ) أى عن المجتبى والضمير فى اشتراطه للعوض قال الرملى وقد يقال ما فى الجواهر لم يدخل فى كلام المجتبى اذ ما فى الجواهر صلح عن حق الرجوع نصا وقد صح الصلح فلزم سقوطه ضمنا بخلاف ما لو أسقطه قصدا فكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وليس بحق مجرد حتى يقال بمنع الاعتياض عنه كما هو ظاهر وما فى المجتبى مسئلة اخرى فتأمله (قوله اشتراطه) أى العوض لكن سيجئ البحث فى هذا الاشتراط (قوله ويمنع الرجوع الخ) هو كقول بعضهم ويمنع الرجوع فى فصل الهبه * يا صاحبى حروف دمع خزقه قال الرملى قد نظم ذلك والدى العلامة شيخ الاسلام محيى الدين فقال

منع الرجوع من المواهب سبعة * فزيادة موصولة موت عوض
وخروجها عن ملك موهوب له * زوجية قرب هلاك قد عرض

(قوله يعنى الموانع) لا يقال بقى من الموانع الفقر لما سيأتى انه لا رجوع فى الهبة للفقير لانها صدقة شرنبلالية (قوله فالدال الزيادة) قيد بها لان النقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب له أو لا غير مانع بحر وفى الحبل كلام يأتى (قوله فى نفس العين) خرج الزيادة من حيث السعر فله الرجوع بحر (قوله القيمة) خرج الزيادة فى العين فقط كطول الغلام وفداء الموهوب له لو جنى الموهوب خطأ بحر وتمامه فيه (قوله كأن شب ثم شاخ) فيه انه من قبيل زوال المانع كما قاله الاسبيجابى ولهذا سموها موانع وعبارة القهستانى مانع الزيادة اذا ارتفع كما اذا بنى ثم هدم عاد حق الرجوع كما فى المحيط وغيره ومن الظن انه ينافيه ما فى النهاية انه حين زاد لا يعود حق الرجوع بعده لانه قال ذلك فيما اذا زاد وانتقص جميعا كما صرح به نفسه اه قلت فى التاترخانية ولو كانت الزيادة بناء فانه يعود حق الرجوع والمانع من الرجوع الزيادة فى العين كذا ذكر شمس الائمة السرخسى (قوله لان الساقط) تعليل لما يفهم من قوله فليتنبه له فانه بمنزلة قوله وفيه نظر ح (قوله والا رجع) أى ان لم يعد زيادة رجع قال فى الخانية وهب دارا فبنى الموهوب له فى بيت الضيافة التى تسمى بالفارسية كاسناه تنور الخبز كان للواهب أن يرجع لان مثل هذا يعد نقصانا لا زيادة اه (قوله ولو عدا الخ) مفهوم قوله فى كل الارض وقوله فى قطعة منها بأن كانت عظيمة (قوله ومداواته) أى لو كان مريضا من قبل فلو مرض عنده فداواه لا يمنع الرجوع بحر (قوله وحمل تمر) قال الزيلعى ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل ذكر فى المنتقى أن عندهما ينقطع الرجوع وعند أبى يوسف لا لان الزيادة لم تحصل فى العين فصار كزيادة السعر ولهما أن الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له فى الكراء ومؤنة النقل بخلاف نفقة العبد لانها بدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل اه قلت ورأيت فى شرح السير الكبير للسرخسى انه لو كانت الهبة فى دار الحرب فأخرجها الموهوب له الى موضع يقدر فيه على حملها لم يكن للواهب الرجوع لانه حدث فيها زيادة بصنع الموهوب له فانها كانت مشرفة على الهلاك فى مضيعة وقد أحياها بالاخراج من ذلك الموضع اه لكنه ذكر ذلك فى صورة ما اذا ألقى شيأ قال حين ألقاه من اخذه فهو له ذكره فى التاسع والتسعين اه (قوله وفى البزازية) اقول ما فى البزازية جزم به فى الخلاصة (قوله وان نقص لا) قال فى الهداية والجوارى فى هذا تختلف فمن من اذا حبلت اصفر لونها ودق ساقها فيكون ذلك نقصا فيها لا يمنع الواهب من الرجوع اه وينبغى حمل هذا على ما اذا كان الحبل من غير الموهوب له فلو منه لا رجوع لانها ثبت لها بالحمل منه وصف لا يمكن زواله وهو أنها تأهلت لكونها ام ولده كما اذا ولدت منه بالفعل كما ذكره بعض المتأخرين تفقها وقد ذكروا أن الموهوب له اذا دبر العبد الموهوب انقطع الرجوع ط (قوله كولد) بنكاح أو سفاح بزازية (قوله قول أبى يوسف) اقول وظاهر الخانية اعتماد خلافه حيث قال ولو ولدت الهبة ولدا كان للواهب أن يرجع فى الام فى الحال وقال ابو يوسف لا يرجع حتى يستغنى الولد عنها ثم يرجع فى الام دون الولد اه

وكتبنا فى اول العتق عند قوله والولد تبع الام الخ مسئلة الحبل فراجعها (قوله ولوحبلت) تقدم قريبا أن الحبل ان زاد خيرا منع وان نقص لا فليكن التوفيق سائحانى (قوله ولم تلد) مفهومه انها لو ولدت ثبت الرجوع كالوزال البناء تأمل (قوله وقال الزيلعى الخ) والتوفيق مامرّ عن البزازية وعن الهندية (قوله نعم) لانه نقصان وقدم فى باب خيار العيب عن النهر أن الحبل عيب فى بنات آدم لا فى البهائم اه (قوله مريض مديون الخ) (فروع) وهب فى مرضه ولم يسلم حتى مات بطلت الهبة لانه وان كان وصية حتى اعتبر فيه الثلث فهو هبة حقيقة فيحتاج الى القبض * وهب المريض عبدا لا مال له غيره ثم مات وقد باعه الموهوب له لا ينقض البيع ويضمن ثلثيه وان اعتقه الموهوب له والواهب مديون ولا مال له غيره قبل موته جاز وبعد موت الواهب لا لان الاعتاق فى المرض وصية وهى لا تعمل حال قيام الدين وان اعتقه الواهب قبل موته ومات لا سعاية على العبد لجواز الاعتاق ولعدم الملك يوم الموت بزازية ورأيت فى مجموعة منلا على الصغيرة بخطه عن جواهر الفتاوى كان ابو حنيفة حاجا فوقعت مسئلة الدور بالكوفة فتكلم كل فريق بنوع فذكروا له ذلك حين استقبلوه فقال من غير فكر ولا روية أسقطوا السهم الدائر تصح المسئلة مثاله مريض وهب عبده من مريض وسلمه اليه ثم وهبه من الواهب الاول وسلمه اليه ثم ماتا جميعا ولا مال لهما غيره فانه وقع فيه الدور حتى رجع اليه شئ منه زاد فى ماله واذا زاد فى ماله زاد فى ثلثه واذا زاد فى ثلثه زاد فيما رجع اليه واذا زاد فيما رجع اليه زاد فى ثلثه ثم لا يزال كذلك فاحتيج الى تصحيح الحساب وطريقه أن تطلب حسابا له ثلث وأقله تسعة ثم تقول صحت الهبة فى ثلاثة منها ويرجع من الثلاثة سهم الى الواهب الاول فهذا السهم هو سهم الدور فأسقطه من الاصل بقى ثمانية ومنها تصح وهذا معنى قول أبى حنيفة أسقطوا السهم الدائر وتصح الهبة فى ثلاثة من ثمانية والهبة الثانية فى سهم فيحصل للواهب الاول ستة ضعف ما صححناه فى هبته وصححنا الهبة الثانية فى ثلث ما اعطينا فثبت أن تصحيحه باسقاط سهم الدور وقيل دع الدور يدور فى الهواء اه ملخصا وفيه حكاية عن محمد فلتراجع (قوله وقد وطئت) أى من الموهوب له أو غيره ط (قوله والميم الخ) لينظر ما الحكم بلحاقه مرتدا أما اذا مات الموهوب له فلان الملك قد انتقل الى الورثة وأما اذا مات الواهب فلان النص لم يوجب حق الرجوع الا للواهب والوارث ليس بواهب درر قلت مفاد التعليل انه لو حكم بلحاقه مرتدا فالحكم كذلك وليراجع صريح النقل والله أعلم (قوله بطل) يعنى عقد الهبة والاولى بطلت أى لانتقال الملك للوارث قبل تمام الهبة سائحانى (قوله ولو اختلفا) أى الشخصان لا بقيد الواهب والموهوب له وان كان التركيب يوهمه بأن قال وارث الواهب ماقبضته فى حياته وانما قبضته بعد وفاته وقال الموهوب له بل قبضته فى حياته والعبد فى يد الوارث ط (قوله فالقول للوارث) لان القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض بحر (قوله كفارة) سقوطها اذا لم يوص بها وكذا الخراج (قوله ديه) بسكون الهاء وخراج باسكان الجيم ولو قال هكذا لكان موزونا خراج ديات ثم كفارة كذا (قوله ضمان) أى اذا اعتق نصيبه موسرا فضمنه شريكه (قوله نفقات) أى غير المستدانة بأمر القاضى (قوله صلات) بكسر الصاد (قوله والعين العوض) وهب لرجل عبدا بشرط أن يعوضه ثوبا ان تقابضا جاز والا لا خانية (قوله سقط الرجوع) أى رجوع الواهب والمعوّض كما فى الانقروى واليه يشير مفهوم الشارح سائحانى قال فى الهامش المرأة اذا أرادت أن يتزوجها الذى طلقها فقال المطلق لا اتزوجك حتى تهبينى مالك على فوهبت مهرها الذى عليه على أن يتزوجها ثم ابى أن يتزوجها قالوا مهرها الذى عليه على حاله تزوجها او لم يتزوجها لانها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح وفى النكاح العوض لا يكون على المرأة خانية وأفتى فى الخيرية بذلك اه (قوله رجع كل) برفع كل منونا عوضا عن المضاف اليه لان التمليك المطلق يحتمل الابتداء ويحتمل المجازاة فلا يبطل حق الرجوع بالشك مستصفى (قوله بهبته) ههنا كلام وهو أن الاصل المعروف كالملفوظ كما صرح به فى الكافى وفى العرف يقصد التعويض ولا يذكر خذ بدل هبتك ونحوه استحياء فينبغى أن لا يرجع وان لم يذكر البدلية وفى الخانية بعث الى امرأته هدايا وعوّضته المرأة وزفت اليه ثم فارقها فادعى الزوج أن ما بعثه عارية واراد أن يسترد وأرادت المرأة أن تسترد العوض فالقول للزوج فى متاعه لانه انكر التمليك وللمرأة أن تسترد ما بعثته اذ تزعم انه عوض للهبة فاذا لم يكن ذلك هبة لم يكن هذا عوضا فلكل منهما استرداد متاعه وقال ابو بكر الاسكاف ان صرحت حين بعثت انه عوض فكذلك وان لم

ولوحبلت ولم تلد هل للواهب الرجوع قال فى السراج لا وقال الزيلعى نعم وفى الجوهرة مريض مديون بمستغرق وهب امة فمات وقد وطئت ردها مع عقرها هو المختار (والميم موت أحد العاقدين) بعد التسليم فلو قبله بطل ولو اختلفا والعين فى يد الوارث فالقول للوارث وقد نظم المصنف ما يسقط بالموت فقال

كفارة ديه خراج ورابع
ضمان لعتق هكذا نفقات
كذا هبة حكم الجميع سقوطها
بموت لما أن الجميع صلات

(والعين العوض) بشرط أن يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض كل هبته (فان قال خذه عوض هبتك أو بدلها) أو فى مقابلتها ونحو ذلك (فقبضه الواهب سقط الرجوع) ولو لم يذكر أنه عوض رجع كل بهبته

قوله وخراج باسكان الجيم فيه نظر والاوضح عبارة ط ونصها قال ح هو من الطويل من الضرب الثالث منه والجزء الاول فيه الثلم والجزء الثانى مقبوض مع تسكين هاء ديه اه

(و) لذا (يشترط فيه شرائط الهبة) كقبض وافراز وعدم شيوع ولو العوض مجانسا أو يسيرا وفى بعض نسخ المتن بدل الهبة العقد وهو تحريف (ولا يجوز للاب أن يعوّض عما وهب للصغير من ماله) ولو وهب العبد التاجر ثم عوّض فلكل منهما الرجوع بحر (ولا يصح تعويض مسلم من نصرانى عن هبته خمرا أو خنزيرا) اذ لا يصح تمليكا من المسلم بحر (ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب فلو عوّضه البعض عن الباقى) لا يصح (فله الرجوع فى الباقى) ولو الموهوب شيئين فعوّضه احدهما عن الآخر ان كانا فى عقدين صح والا لا لان اختلاف العقد كاختلاف العين والدراهم تتعين فى هبة ورجوع مجتبى (ودقيق الحنطة يصلح عوضا عنها) لحدوثه بالطحن وكذا الوصبغ بعض الثياب اولت بعض السويق ثم عوّضه صح خانية (ولو عوّضه ولد احدى جاريتين موهوبتين وجد) ذلك الولد (بعد الهبة امتنع الرجوع وصح) العوض (من أجنبى ويسقط حق الواهب فى الرجوع اذا قبضه) كبدل الخلع (ولو) التعويض (بغير اذن الموهوب له) ولا رجوع ولو بأمره الا اذا قال عوّض عنى على أنى ضامن لعدم وجوب التعويض بخلاف قضاء الدين (و) الاصل أن (كل ما يطالب به الانسان بالحبس والملازمة يكون الامر بأدائه مثبتا للرجوع من غير اشتراط الضمان وما لا فلا) الا اذا شرط الضمان ظهيرية وحينئذ (فلو أمر المديون رجلا بقضاء دينه رجع عليه) وان لم يضمن لوجوبه عليه لكن يخرج عن الأصل مالو قال أنفق على بناء دارى أو قال الاسير اشترنى فانه يرجع فيهما بلا شرط رجوع كفالة خانية مع انه لا يطالب بهما لا بحبس ولا بملازمة فتأمّل (وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض ١٧ ٥ وعكسه لا ما لم يردّ ما بقى) لانه يصلح عوضا ابتداء فكذا بقاء لكنه يخير ليسلم العوض ومراده العوض الغير المشروط أما المشروط فمبادلة كما سيجىء فيوزع البدل على المبدل نهاية (كما لو استحق كل العوض حيث يرجع فى كلها ان كانت قائمة لا ان كانت هالكة) كما لو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع خلاصة (وان استحق جميع الهبة كان له أن يرجع فى جميع العوض ان كان قائما وبمثله ان) العوض (هالكا وهو مثلى وبقيمته ان قيميا) غاية (ولو عوّض النصف رجع بما لم يعوّض) ولا يضر الشيوع لانه طارئ (تنبيه) نقل فى المجتبى انه يشترط فى العوض أن يكون مشروطا فى عقد الهبة أما اذا عوّضه بعده فلا ولم أر من صرّح به غيره

تصرّح به ولكن نوت أن يكون عوضا كان ذلك هبة منها وبطلت نيتها ولا يخفى انه على هذا ينبغى أن يكون فى مسئلتنا اختلاف بعقوبية (قوله أو يسيرا) أى أقل من الموهوب لان العوض ليس ببدل حقيقة والا لما جاز بالاقل للربا (قوله أن يعوّض) وان عوّض فللواهب الرجوع لبطلان التعويض بزازية (قوله من ماله) أى من مال الصغير ولو من مال الاب صح لما سيأتى من صحة التعويض من الاجنبى سائحانى (قوله وهب العبد) فوهب مبنى للمفعول أى وهب له شخص شيأ (قوله ثم عوّض) أى عوّض العبد عن هبته (قوله الرجوع) لعدم ملك التاجر المأذون الهبة فلم يصح العوض (قوله بحر) لان العبد المأذون لا يملك أن يهب أوّلا ولا آخرا فى التعويض سائحانى ويحتمل أن وهب مبنى للفاعل وعوّض مبنى للمفعول (قوله من نصرانى) من بمعنى اللام (قوله خمرا) مفعول تعويض (قوله فى هبة) يعنى اذا وهبه دراهم تعينت فلو أبدلها بغيرها كان اعراضا منه عنها فلو أتى بغيرها ودفعه له فهو هبة مبتدأة واذا قبضها الموهوب له وأبدلها بجنسها أو بغير جنسها لا رجوع عليه ومثل الدراهم الدنانير ط (قوله ورجوع) أى ليس له أن يرجع الا اذا كانت دراهم الهبة قائمة بعينها فلو أنفقها كان اهلاكا يمنع الرجوع ط (قوله بالطحن) أى فلا يقال انه عين الموهوب أو بعضه (قوله ثم عوّضه) أى البعض اى جعله عوضا عن الهبة لحصول الزيادة فكانه شئ آخر (قوله امتنع الرجوع) لانه ليس له الرجوع فى الولد فصح العوض (قوله ولا رجوع) أى للمعوّض على الموهوب له ولو كان شريكه سواء كان باذنه أو لا لان التعويض ليس بواجب عليه فصار كما لو أمره أن يتبرّع لانسان الا اذا قال على انى ضامن بخلاف المديون اذا أمر رجلا بأن يقضى دينه حيث يرجع عليه وان لم يضمن لان الدين واجب عليه منح (قوله لعدم) علة لقوله ولا رجوع (قوله والاصل الخ) تقدم قبل كفالة الرجلين أصلان آخران (قوله لكن) استدراك على قوله وما لا فلا (قوله رجع بنصف العوض) قال فى الجوهرة وهذا أى الرجوع فيما اذا لم يحتمل القسمة وان فيما يحتملها اذا استحق بعض الهبة بطل فى الباقى ويرجع بالعوض اهـ أى لان الموهوب له تبين انه لم يملك ذلك البعض المستحق فبطل العقد من الاصل لانه هبة مشاع فيما يحتمل القسمة (قوله وعكسه لا) أى ان استحق نصف العوض لا يرجع بنصف الهبة لان النصف الباقى مقابل لكل الهبة فان الباقى يصلح للعوض ابتداء فكان ابقاء الا انه يخير لانه ما أسقط حقه فى الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله أن يردّه (قوله ليسلم) الاولى لانه لم يسلم له العوض (قوله الغير المشروط) أى فى العقد (قوله ولو عوّض النصف الخ) عوّضه فى بعض هبته بأن كانت ألفا عوّضه درهما منه فهو صحيح فى حق الدرهم ويرجع فى الباقى وكذا البيت فى حق الدار بزازية (قوله ولا يضر الشيوع) أى الحاصل بالرجوع فى النصف (قوله ولم أر من صرّح الخ) قائله صاحب المنح أقول صرّح به فى غاية البيان ونصه قال اصحابنا ان العوض الذى يسقط به الرجوع ما شرط

وفروع المذهب مطلقة كما مر فتدبر (والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له) ولو بهبة الا اذا رجع الثانى فللاول الرجوع سواء كان بقضاء أو رضى لما سيجىء أن الرجوع فسخ حتى لو عادت بسبب جديد بأن تصدق بها الثالث على الثانى أو باعها منه لم يرجع الاول ولو باع نصفه رجع فى الباقى لعدم المانع وقيد الخروج بقوله (بالكلية) بأن يكون خروجا عن ملكه من كل وجه ثم فرع عليه بقوله (فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة أو نذر التصدق بها وصارت لحما لا يمنع الرجوع) ومثله المتعة والقران والنذر مجتبى وفى المنهاج وان وهب له ثوبا فجعله صدقة لله تعالى فله الرجوع خلافا للثانى (كما لو ذبحها من غير تضحية) فله الرجوع اتفاقا (فرع) عبد عليه دين أو جناية خطأ فوهبه مولاه لغريمه أو لولى الجناية سقط الدين والجناية ثم لو رجع صح استحسانا ولا يعود ٥١٨ الدين والجناية عند محمد ورواية عن الامام كما لا يعود النكاح لو وهبها زوجها ثم رجع خانية (والزاى الزوجية وقت الهبة فلو وهب لامرأة ثم نكحها رجع ولو وهب لامرأته لا) كعكسه (فرع) لا تصح هبة المولى لام ولده ولو فى مرضه ولا تنقلب وصية اذ لا يد للمحجور أما لو أوصى لها بعد موته تصح لعتقها بموته فيسلم لها كافى (والقاف القرابة فلو وهب لذى رحم محرم منه) نسبا (ولو ذميا أو مستأمنا لا يرجع) شمنى (ولو وهب لمحرم بلا رحم كأخيه رضاعا) ولو ابن عمه (ولمحرم بالمصاهرة كأمهات النساء والربائب وأخيه وهو عبد لاجنبى أو لعبد أخيه رجع ولو كانا) أى العبد ومولاه (ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اتفاقا على الاصح) لان الهبة لايهما وقعت تمنع الرجوع بحر (فرع) وهب لاخيه وأجنبى مالا يقسم فقبضاه له الرجوع فى حظ الاجنبى لعدم المانع درر

فى العقد فأما اذا عوضه بعد العقد لم يسقط الرجوع لانه غير مستحق على الموهوب له وانما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون هبة مبتدأة وليس كذلك اذا شرط فى العقد لانه يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع ويتعلق به الشفعة ويرد بالعيب فدل أنه قد صار عوضا عنها وقالوا أيضا يجب أن يعتبر فى العوض الشرائط المعتبرة فى الهبة من القبض وعدم الاشاعة لانه هبة كذا فى شرح الاقطع وقال فى التحفة فأما العوض المتأخر عن العقد فهو لاسقاط الرجوع ولا يصير فى معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء وانما يكون الثانى عوضا عن الاول بالاضافة اليه نصا كهذا عوض عن هبتك فان هذا عوض اذا وجد القبض ويكون هبة يصح ويبطل فيما تصح وتبطل به الهبة وأما اذا لم يضف الى الاول يكون هبة مبتدأة ويثبت حق الرجوع فى الهبتين جميعا اهـ مع بعض اختصار ومفاده انهما قولان أو روايتان الاول لزوم اشتراطه فى العقد والثانى لا بل لزوم الاضافة الى الاول وهذا الخلاف فى سقوط الرجوع وأما كونه بيعا انتهاء فلا نزاع فى لزوم اشتراطه فى العقد تأمل (قوله وفروع المذهب الخ) قلت الظاهر أن الاشتراط بالنظر لما سبق من توزيع البدل على المبدل لا مطلقا وحينئذ فما فى المجتبى لا يخالف اطلاق فروع المذهب فتأمل أبو السعود المصرى (قوله كما مر) من دقيق الحنطة وولد احدى جاريتين (قوله سواء كان) أى رجوع الثانى (قوله فسخ) فاذا عاد الى الواهب الثانى ملكه عاد بما كان متعلقا به (قوله لم يرجع الاول) لان حق الرجوع لم يكن ثابتا فى هذا الملك درر عن المحيط (قوله لا يمنع الرجوع) وجازت الاضحية كما فى المنح عن المجتبى (قوله فجعله) اى الموهوب له (قوله عبد عليه دين الخ) صبى له على مملوك وصيه دين فوهب الوصى عبده للصبى ثم أراد الوصى الرجوع فى ظاهر الرواية له ذلك وعن محمد المنع بزازية (قوله استحسانا) قال فى الخانية وفى القياس لا يصح رجوعه فى الهبة وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة والمعلى عن أبى يوسف وهشام عن محمد وعلى قول أبى يوسف اذا رجع فى الهبة يعود الدين والجناية وأبو يوسف استفحش قول محمد وقال أرأيت لو كان على العبد دين لصغير فوهبه مولاه منه فقبل الوصى وقبض فسقط الدين فان رجع بعد ذلك لو قلنا لا يعود الدين كان قبول الوصى الهبة تصرفا مضرا على الصغير ولا يملك ذلك وأما مسئلة النكاح ففيها روايتان عن أبى يوسف فى رواية اذا رجع الواهب يعود النكاح اهـ (قوله كعكسه) أى لو وهبت لرجل ثم نكحها رجعت ولو لزوجها لا (قوله لذى رحم محرم) خرج من كان ذا رحم وليس بمحرم ومن كان محرما وليس بذى رحم درر فالاول كابن العم فاذا كان أخاه من الرضاع ايضا فهو خارج أيضا واحترز عنه بقوله نسبا فانه ليس بذى رحم محرم من النسب كما فى الشرنبلالية والثانى كالاخ رضاعا (قوله منه نسبا) الضمير فى منه للرحم لتخرج الرحم غير المحرم كابن العم والمحرم غير الرحم كالاخ رضاعا والرحم المحرم الذى محرميته لا من الرحم كابن عم هو أخ رضاعا وعلى هذا لا حاجة الى قوله نسبا نعم يحتاج اليه لو جعل الضمير للواهب ليخرج به الاخير تدبر (قوله ولو ابن عمه) أى ولو كان أخوه رضاعا ابن عمه وهذا خارج بقوله منه أو بقوله نسبا لان محرميته ليست من النسب بل من الرضاع ولا يخفى أن وصله بما قبله غير ظاهر لان قوله لمحرم بلا رحم لا يشمله لكونه رحما ويمكن أن يقال قوله بلا رحم الباء فيه للسببية اى لمحرم بسبب غير الرحم كالباء فى قوله بعده بالمصاهرة (قوله ولمحرم) عطف على بلا رحم فلا يمنع الرجوع باقانى (قوله والربائب الخ) وأزواج البنين والبنات خانية (قوله رجع) لان الملك لم يقع فيها للقريب من كل وجه بدليل أن العبد أحق بما وهب له اذا احتاج اليه وهذا عنده وقالا يرجع فى الاولى دون الثانية كما فى البحر (قوله ذا رحم محرم) صورته أن يكون لرجل اختان لكل واحدة منهما ولد واحد الولدين مملوك للآخر أو يكون له أخ من أبيه وأخ من أمه

قوله عطف على بلا رحم لعل الصواب عطف على لمحرم تأمل اهـ مصححه

واحدهما

(والهاء هلاك العين الموهوب به ولو ادّعاه) أى الهلاك (صدق بلا حلف) لانه ينكر الردّ (فان قال الواهب هى هذه) العين (حلف) المنكر (انها ليست هذه) خلاصة (كما يحلف) الواهب (ان الموهوب له ليس بأخيه اذا ادّعى) الاخ (ذلك) لانه يدّعى مسبب النسب لا النسب خانية (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) للاختلاف فيه فيضمن بمنعه بعد القضاء لا قبله (واذا رجع بأحدهما) بقضاء أو رضى (كان فسخا) لعقد الهبة (من الاصل واعادة الملكه) القديم لا هبة للواهب (ف) لهذا (لا يشترط فيه قبض الواهب وصح) الرجوع (فى الشائع) ولو كان هبة لما صح فيه (وللواهب ردّه على بائعه مطلقا) بقضاء أو رضى (بخلاف الردّ بالعيب بعد القبض بغير قضاء) لان حق المشترى فى وصف السلامة لا فى الفسخ فافترقا ثم مرادهم بالفسخ من الاصل أن لا يترتب على العقد أثر فى المستقبل لا بطلان أثره أصلا والا لعاد المنفصل الى ملك الواهب برجوعه فصولين (اتفقا) الواهب والموهوب له (على الرجوع فى موضع لا يصح) رجوعه من المواضع السبعة السابقة (كالهبة لقرابته جاز) هذا الاتفاق منهما جوهرة وفى المجتبى لا تجوز الاقالة فى الهبة والصدقة فى المحارم الا بالقبض ٥١٩ لانها هبة ثم قال وكل شئ يفسخه الحاكم اذا اختصما اليه فهذا حكمه ولو وهب الدين لطفل المديون لم يجز لانه غير مقبوض وفى الدرر قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد الرجوع (تلفت) العين (الموهوبة واستحقها مستحق وضمن) المستحق (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لانها عقد تبرّع فلا يستحق فيه السلامة (والاعارة كالهبة) هنا لان قبض المستعير كان لنفسه ولا غرور لعدم العقد وتمامه فى العمادية (واذا وقعت الهبة بشرط العوض المعين فهى هبة ابتداء فيشترط التقابض فى العوضين ويبطل) العوض (بالشيوع) فيما يقسم (بيع انتهاء فتردّ بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) هذا اذا قال وهبتك على أن تعوضنى كذا أما لو قال وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء وانتهاء وقيد العوض بكونه معينا لانه لو كان مجهولا بطل اشتراطه فيكون هبة ابتداء وانتهاء

وأحدهما مملوك للآخر (قوله هلاك العين) وكذا اذا استهلكت كما هو ظاهر صرّح به أصحاب الفتاوى رملى قلت وفى البزازية ولو استهلك البعض له أن يرجع بالباقى (قوله مسبب النسب) بضم الميم وفتح السين وتشديد الباء وهو المال أى ادّعى بسبب النسب مالا لازما وكان المقصود اثباته دون النسب منح (قوله ولا يصح الخ) قال قاضى خان وهب ثوبا لرجل ثم اختلسه منه فاستهلكه ضمن الواهب قيمة الثوب للموهوب له لانّ الرجوع فى الهبة لا يكون الا بقضاء أو رضى سائحانى (قوله أو بحكم الحاكم الخ) الواهب اذا رجع فى هبته فى مرض الموهوب له بغير قضاء يعتبر ذلك من جميع مال الموهوب له أو من الثلث فيه روايتان ذكر ابن سماعة فى القياس يعتبر من جميع ماله خانية (قوله بمنعه) أى وقد طلبه لانه تعدّى فلو أعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك بعد القضاء لانه أوّل القبض غير مضمون وهذا دوام عليه بحر (قوله واعادة) بنصبه معطوف على فسخا (قوله لا هبة) اى كما قاله زفر رحمه الله (قوله فى الشائع) بأن رجع لبعض ما وهب (قوله على بائعه) أى بحكم خيار العيب يعنى ولم يعلم بالعيب قبل الهبة أبو السعود (قوله مطلقا) حال من رجوع الواهب (قوله وصف السلامة) ولهذا لو زال العيب امتنع الردّ (قوله لعاد المنفصل) أى الزوائد المنفصلة المتولدة من الموهوب كذا فى الهامش (قوله لا يصح رجوعه) صفة للموضع كذا فى الهامش (قوله لانها هبة) أى الاقالة هبة أى مستقلة وعبارة البزازية استقال المتصدّق عليه بالصدقة فأقاله لم يجز حتى يقبض لانه هبة مستقلة وكذا اذا كانت الهبة لذى رحم محرم وكل شئ لا يفسخه الحاكم اذا اختصما اليه فهذا حكمه وتمامه فيها فراجعها فى نسخة صحيحة (قوله وكل شئ يفسخه) قيل الظاهر انه سقط منه لفظة لا والاصل لا يفسخه كما هو الواقع فى الخانية اه وبه يظهر المعنى ويكون المراد منه تعميم المحارم وغيرهم مما لا رجوع فى هبتهم (قوله ولو وهب الخ) سيجئ فى الورقة الثانية أنّ المعتمد الصحة سائحانى (قوله عاد الرجوع) مبنىّ على ما قدّمه عن الخانية واعتمده القهستانى لكن فى كلامه هناك اشارة الى اعتماد خلافه قلت ولا يخفى ما فى اطلاق الدرر فان المانع قد يكون خروج الهبة من ملكه ثم تعود بسبب جديد وقد يكون للزوجية ثم تزول وفى ذلك لا يعود الرجوع كما صرّحوا به ثم صرّحوا به فيما اذا بنى فى الدار ثم هدم البناء وفيما اذا وهبها لآخر ثم رجع ولعل المراد زوال المانع العارض فالزوجية وان زالت لكنها مانع من الاصل والعود بسبب جديد بمنزلة تجدّد ملك حادث من جهة غير الواهب فصارت بمنزلة عين اخرى غير الموهوبة بخلاف ما اذا عادت اليه بما هو فسخ هذا ما ظهر لى فتدبره (قوله وضمن) بتشديد الميم والمستحق فاعله والموهوب مفعوله (قوله التقابض) أى فى المجلس وبعده بالاذن سائحانى (قوله فى العوضين) فان لم يوجد التقابض فلكل واحد منهما أن يرجع وكذا لو قبض أحدهما فقط فلكل الرجوع القابض وغيره سواء غاية البيان (قوله بيع انتهاء) أى اذا اتصل القبض بالعوضين غاية البيان الا انه لا تحالف لو اختلفا فى قدر العوض لما فى المقدسى عن الذخيرة اتفقا على أن الهبة بعوض واختلفا فى قدره ولم يقبض والهبة قائمة خير الواهب بين تصديق الموهوب له والرجوع فى الهبة أو بقيمتها لو هالكة ولو اختلفا فى أصل العوض فالقول للموهوب له فى انكاره وللواهب الرجوع لو قائما ولو مستهلكا فلا شئ له ولو أراد الرجوع فقال أنا أخوك أو عوضتك أو انما تصدّقت بها فالقول للواهب استحسانا اه

(فرع) وهب الواقف أرضا شرط استبداله بلا شرط عوض لم يجز وان شرط كان كبيع ذكره الناصحي وفي المجمع واجاز محمد هبة مال طفله بشرط عوض مساو ومنعاه قلت فيحتاج على قولهما الى الفرق بين الوقف ومال الصغير انتهى والله اعلم * (فصل) * في مسائل متفرقة (وهب امة الا حملها وعلى ان يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو) وهب (دارا على أن يرد عليه شيأ منها) ولو معينا كثلث الدار أو ربعها (أو على أن يعوض في الهبة والصدقة شيأ عنها صحت) الهبة (وبطل الاستثناء) في الصورة الاولى (و) بطل (الشرط) في الصور الباقية لانه بعض أو مجهول والهبة لا تبطل بالشروط ولا تنس ما مر من اشتراط معلومية العوض (اعتق حمل امة ثم وهبها صح ولو دبره ثم وهبها لم يصح) لبقاء الحمل على ملكه فكان مشغولا به بخلاف الاول (كما لا يصح) تعليق (الابراء عن الدين) بشرط محض كقوله لمديونه اذا جاء غد أو ان مت بفتح التاء فأنت بريء من الدين أو ان مت من مرضك هذا أو ان مت من مرضي هذا فأنت في حل من مهري فهو باطل لانه مخاطرة وتعليق (الا بشرط كائن) ليكون تنجيزا كقوله لمديونه ان كان لي عليك دين ابرأتك عنه صح وكذا ان مت بضم التاء فأنت بريء منه أو في حل جاز وكان وصية خانية (جاز العمرى) للمعمر له ولورثته بعده لبطلان الشرط (لا) تجوز (الرقبى) لانها تعليق بالخطر واذا لم تصح تكون عارية شمني لحديث احمد وغيره من اعمر عمرى فهي لمعمره في حياته وموته لا ترقبوا فمن ارقب شيأ فهو سبيل الميراث (بعث الى امرأته متاعا) هدايا اليها (وبعثت له أيضا) هدايا عوضا للهبة صرحت بالعوض أولا (ثم افترقا بعد الزفاف وادعى) الزوج (انه عارية) لا هبة

ملخصا (قوله بلا شرط) متعلق بوهب (قوله الى الفرق) قال شيخ والدي وقد يفرق بينهما بأن الواقف لما شرط الاستبدال وهو يحصل بكل عقد يفيد المعاوضة كان هذا العقد داخلا في شرطه بخلاف هبة الاب مال ابنه الصغير كذا قاله الرملي في حاشيته على المنح مدني

* (فصل في مسائل متفرقة) *

(قوله الا حملها) اعلم أن استثناء الحمل ينقسم ثلاثة أقسام في قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح من دم العمد وفي قسم لا يجوز أصل التصرف كالبيع والاجارة والرهن لان هذه العقود تبطل بالشروط وكذا باستثنائه الحمل وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية لان افراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه بعقوبية (قوله شيأ منها) أي شيأ مجهولا ح (قوله لانه بعض) وقد مر متنا انه يشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب (قوله أو مجهول) الاول راجع الى صورة هبة الدار والثاني الى قوله أو على أن يعوض ولا يشمل الثلاث التي بعد الاولى فالاولى تعليل الهداية بأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا أن يقال قوله والهبة لا تبطل بالشروط من تتمة التعليل (قوله ولا تنس الخ) نبه عليه اشارة الى دفع ما قاله الزيلعي تبعا للنهاية من أن قوله أو على أن يعوض الخ فيه اشكال لانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيأ من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيأ منها وحاصل الدفع أن المراد الاول وانما بطل الشرط لجهالة العوض كذا أفاده في البحر ثم رأيت صدر الشريعة صرح به فقال مرادهم ما اذا كان العوض مجهولا وانما يصح العوض اذا كان معلوما (قوله بشرط محض الخ) (فروع) وهبت مهرها لزوجها على أن يجعل أمر كل امرأة يتزوجها عليها بيدها ولم يقبل الزوج قيل لا يبرأ والمختار أن الهبة تصح بلا قبول المديون وان قبل ان جعل أمرها بيدها فالابراء ماض وان لم يجعل فكذلك عند البعض والمختار أنه يعود وكذا لو أبرأته على أن لا يضر بها ولا يجحدها أو يهب لها كذا فان لم يكن هذا شرطا في الهبة لا يعود المهر * منعها من المسير الى ابويها حتى تهب مهرها فالهبة باطلة لانها كالمكرهة وذكر شمس الاسلام خوفها بضرب حتى تهب مهرها فاكراه ان كان قادرا على الضرب وذكر بكر سقوط المهر * لا يقبل التعليق بالشرط ألا ترى انها لو قالت لزوجها ان فعلت كذا فأنت بريء من المهر لا يصح * قال لمديونه ان لم اقتض مالي عليك حتى تموت فأنت في حل فهو باطل لانه تعليق والبراءة لا تحتمله بزازية (قوله لانه مخاطرة) لاحتمال موت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون ونحو ذلك لان المعنى اذا مت قبلي وان جاء الغد والدين عليك فيحتمل أن يموت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون فكان مخاطرة كذا قرره شيخنا وأقول الظاهر أن المراد أنه مخاطرة في مثل ان مت من مرضك هذا وتعليق في مثل ان جاء الغد والابراء لا يحتملهما وأن المراد بالشرط الكائن الموجود حالة الابراء وأما قوله ان مت بضم التاء فانما صح وان كان تعليقا لانه وصية وهي تحتمل التعليق فافهم وتقدمت المسئلة في متفرقات البيوع فيما يبطل بالشرط ولا يصح تعليقه به (قوله جاز العمرى) بالضم من الاعمار كما في الصحاح قال في الهامش العمرى هي أن يجعل داره له عمره فاذا مات ترد عليه اه (قوله لا تجوز الرقبى) هي أن تقول ان مت قبلك فهي لك لحديث احمد وأبي داود والنسائي مرفوعا من اعمر عمرى الخ كذا في الهامش في كافي الحاكم الشهيد باب الرقبى رجل حضرته الوفاة فقال داري هذه حبيس لم تكن حبيسا وهي ميراث وكذا ان قال داري هذه حبيس على عقبي من بعدي والرقبى هو الحبيس وليس بشيء * رجل قال لرجلين عبدي هذا لاطولكما حياة أو قال عبدي هذا حبيس على أطولكما حياة فهذا باطل وهو الرقبى وكذلك لو قال لرجل داري لك حبيس وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال

وحلف (فاراد الاسترداد وأرادت) هي (الاسترداد) أيضا (يسترد كل) منهما (ما اعطى) اذ لاهبة فلا عوض ولو استهلك أحدهما ما بعثه الآخر ضمنه لان من استهلك العارية ضمنها خانية (هبة الدين ممن عليه الدين وابراؤه عنه يتم من غير قبول) اذا لم يوجب انفساخ عقد صرف أو سلم لكن يرتد بالرد في المجلس وغيره لما فيه من معنى الاسقاط وقيل يتقيد بالمجلس كذا في العناية لكن في الصيرفية لو لم يقبل ولم يرد حتى افترقا ثم بعد أيام رد لا يرتد في الصحيح لكن في المجتبى الاصح أن الهبة تمليك والابراء اسقاط (تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل الا) في ثلاث حوالة ووصية و(اذا سلطه) أي سلط المملك غير المديون (على قبضه) أي الدين (فيصح) حينئذ ومنه مالو وهبت من ابنها ما على ابيه فالمعتمد الصحة للتسليط ويتفرع على هذا الاصل لو قضى دين غيره على أن يكون له لم يجز ولو كان وكيلا بالبيع فصولين (و) ليس منه ما (اذا اقر الدائن ان الدين لفلان وان اسمه) في كتاب الدين (عارية) حيث (صح) اقراره لكونه اخبارا لا تمليكا فللمقر له قبضه بزازية وتمامه في الاشباه من أحكام الدين وكذا لو قال الدين الذي لي على فلان لفلان بزازية وغيرها قلت وهو مشكل لانه مع الاضافة الى نفسه يكون تمليكا وتمليك الدين ممن ليس عليه باطل فتأمله وفي الاشباه في قاعدة تصرف الامام معزيا للصلح البزازية

أبو يوسف أما أنا فارى انه اذا قال لك حبيس فهي له اذا قبضها وقوله حبيس باطل وكذلك اذا قال هي لك رقبى اه وفيه أيضا فاذا قال داري هذه لك عمري تسكنها وسلمها اليه فهي هبة وهي بمنزلة قوله طعامي هذا لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه وان قال وهبت لك هذا العبد حياتك وحياته فقبضه فهي هبة جائزة وقوله حياتك باطل وكذا لو قال أعمرتك داري هذه حياتك أو قال اعطيتكها حياتك فاذا مت فهي لي واذا مت فهي لوارثي وكذا لو قال هو هبة لك ولعقبك من بعدك وان قال اسكنتك داري هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهي عارية وان قال هي لك ولعقبك من بعدك فهي هبة له وذكر العقب لغو اه (قوله فلا عوض) لانها انما قصدت التعويض عن هبة فلما ادعى العارية ورجع لم يوجد التعويض فلها الرجوع (قوله من غير قبول) لما فيه من معنى الاسقاط ح (قوله عقد صرف أو سلم) لانه يتوقف على القبول في السلم والصرف لكونه موجبا للفسخ فيهما لا لكونه هبة منح (قوله لكن يرتد الخ) استدراك على قوله يتم من غير قبول بمعنى انه وان تم من غير قبول لما فيه من معنى الاسقاط لكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك ح قال في الاشباه الابراء يرتد بالرد الا في مسائل الاولى اذا ابرأ المحتال المحال عليه فرده لا يرتد وكذا اذا قال المديون أبرئني فأبرأه وكذا اذا أبرأ الطالب الكفيل وقيل يرتد الرابعة اذا قبله ثم رده لم يرتد اه (قوله الاسقاط) تعليل للتعميم يعني وانما صح الرد في غير المجلس لما فيه من معنى الاسقاط اذ التمليك المحض يتقيد رده بالمجلس وليس تعليلا لقوله يرتد بالرد لما علمت أن علته ما فيه من معنى التمليك فتنبه ح (قوله لكن في الصيرفية) استدراك على تضعيف صاحب العناية القول الثاني (قوله لكن في المجتبى) استدراك على جعلهم كلا من الهبة والابراء اسقاطا من وجه تمليكا من وجه وأنت خبير بأن هذا الاستدراك مخالف للمشهور ح (قوله تمليك) أي فيحتاج الى القبول قال في الهامش فمن قال بالتمليك يحتاج الى الجواب منح (قوله اسقاط) ومن قال للاسقاط لا يحتاج اليه منح كذا في الهامش (قوله على قبضه) أي وقبضه قال في جامع الفصولين هبة الدين ممن ليس عليه لم تجز الا اذا وهبه وأذن له بقبضه جاز صك لم يجز الا اذا سلطه على قبضه فيصير كأنه وهبه حين قبضه ولا يصح الا بقبضه اه فتنبه لذلك رملي قال السائحاني وحينئذ يصير وكيلا في القبض عن الآمر ثم اصيلا في القبض لنفسه ومقتضاه صحة عزله عن التسليط قبل القبض واذا قبض بدل الدراهم دنانير صح لانه صار الحق للموهوب له فلك الاستبدال واذا نوى في ذلك التصدق بالزكاة اجزأه كما في الاشباه اه (قوله ما على ابيه) أي وامرته بالقبض بزازية مدني (قوله للتسليط) أي اذا سلطته على القبض كما يشير اليه قوله ومنه وفي الخانية وهبت المهر لابنها الصغير الذي من هذا الزوج الصحيح انه لا تصح الهبة الا اذا سلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد اذا قبض اه فقول الشارح للتسليط أي التسليط صريحا لا حكما كما فهمه السائحاني وغيره لكن لينظر فيما اذا كان الابن لا يعقل فان القبض يكون لابيه فهل يشترط أن يفرز الاب قدر المهر ويقبضه لابنه أو يكفي قبوله كما في هبة الدين ممن عليه (قوله بالبيع) فلو دفع للموكل عن دين المشتري على أن يكون ما على المشتري للوكيل لا يجوز (قوله وليس منه) أي من تمليك الدين ممن ليس عليه (قوله فتأمله) يمكن الجواب بأن المراد الدين الذي لي على فلان بحسب الظاهر هو لفلان في نفس الامر فلا اشكال فتدبر ح اقول ويمكن أن يكون مبنيا على الخلاف فانه قال في القنية راقما لعلي السغدي اقرار الاب لولده الصغير بعين من ماله تمليك ان اضافه الى نفسه في الاقرار وان اطلق فاقرار كما في سدس داري وسدس هذه الدار ثم رقم لنجم الائمة البخاري اقرار في الحالتين لا تمليك اه قال في اقرار المنح فيفيد أن في المسئلة خلافا ولكن الاصل المذكور هو المشهور وعليه فروع في الخانية وغيرها وقد يجاب بأن الاضافة في قوله الدين الذي لي اضافة نسبة لا ملك كما اجاب به الشارح في الاقرار عن قولهم جميع ما في بيتي لفلان فانه اقرار وكذا قالوا من ألفاظ الاقرار جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب الي والله تعالى اعلم وقدمت المسئلة قبيل اقرار المريض واجبنا عنه بأحسن

اصطلحا أن يكتب اسم أحدهما فى الديوان فالعطاء لمن كتب اسمه الخ (والصدقة كالهبة) بجامع التبرع وحينئذ (لا تصح غير مقبوضة ولا فى مشاع يقسم ولا رجوع فيها) ولو على غنى لان المقصود فيها الثواب لا العوض ولو اختلفا فقال الواهب هبة والآخر صدقة فالقول للواهب خانية (فروع) كتب قصة الى السلطان يسأله تمليك أرض محدودة فأمر السلطان بالتوقيع فكتب كاتبه جعلتها ملكا له هل يحتاج الى القبول فى المجلس القياس نعم لكن لما تعذر الوصول اليه أقيم السؤال بالقصة مقام حضوره * أعطت زوجها مالا بسؤاله ليتوسع فظفر به بعض غرمائه ان كانت وهبته أو أقرضته ليس لها أن تسترد من الغريم وان أعطته ليتصرف فيه على ملكها فلها ذلك لا له * دفع لابنه مالا ليتصرف فيه ففعل وكثر ذلك فمات الاب ان أعطاه هبة فالكل له والا فميراث وتمامه فى جواهر الفتاوى * بعث اليه بهدية فى اناء هل يباح أكلها فيه ان كان ثريدا ونحوه مما لو حوله الى اناء آخر ذهبت لذته يباح والا فان كان بينهما انبساط يباح أيضا والا فلا * دعا قوما الى طعام وفرقهم على اخونة ليس لاهل خوان مناولة أهل خوان آخر ولا اعطاء سائل وخادم وهرة لغير رب المنزل ولا كلب ولو لرب المنزل الا أن يناوله الخبز المحترق للاذن عادة وتمامه فى الجوهرة وفى الاشباه لا جبر على الصلات الا فى أربع شفعة ونفقة زوجة وعين موصى بها ومال وقف وقد حررت أبيات الوهبانية على وفق ما فى شرحها للشرنبلالى فقلت

وواهب دين ليس يرجع مطلقا
وابراء ذى نصف يصح المحرر
على حجها أو تركه ظلمه لها
اذا وهبت مهرا ولم يوف يخسر
معلق تطليق بابراء مهرها
وانكاح اخرى لو يرد فيظفر

عما هنا فراجعه (قوله غير مقبوضة) فان قلت قدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله وصح تصدق عشرة لفقيرين قلت المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فانه لا شيوع كما تقدم بحر (قوله ولو على غنى) اختاره فى الهداية مقتصرا عليه لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرة عياله بحر وهذا مخالف لما مر قبيل باب الرجوع من أن الصدقة على الغنى هبة ولعلهما قولان تأمل (قوله فأمر السلطان) هذا انما يتم فى أرض موات أو ملك السلطان أما اذا أقطعه من غير ذلك فللامام أن يخرجه متى شاء كما سلف ذلك فى العشر والخراج ط (قوله أو أقرضته) وسيأتى ما لو تصرف فى مالها وادعى انه باذنها (قوله والا فميراث) بأن دفع اليه ليعمل للاب (فروع) دفع دراهم الى رجل وقال أنفقها ففعل فهو قرض ولو دفع اليه ثوبا وقال ألبسه نفسك فهو هبة والفرق مع أنه تمليك فيهما أن التمليك قد يكون بعوض وهو أدنى من تمليك المنفعة وقد أمكن فى الاول لان قرض الدراهم يجوز بخلاف الثانية ولوالجية وفيها قال احد الشريكين للآخر وهبتك حصتى من الربح والمال قائم لا تصح لانها هبة مشاع فيما يحتمل القسمة ولو كان استهلكه الشريك صحت * رجل اشترى حليا ودفعه الى امرأته واستعملته ثم ماتت ثم اختلف الزوج وورثتها انها هبة أو عارية فالقول قول الزوج مع اليمين انه دفع ذلك اليها عارية لانه منكر للهبة منح وانظر ما كتبناه أول كتاب الهبة عن خزانة الفتاوى قال الرملى وهذا صريح فى رد كلام أكثر العوام أن تمتع المرأة يوجب التمليك ولا شك فى فساده اه وسبقه الى هذا صاحب البحر كما ذكرناه عنه فى باب التحالف وكتبنا هناك عن البدائع أن المرأة ان أقرت أن هذا المتاع اشتراه لى سقط قولها لانها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال اليها فلا يثبت الا بالبينة اه وظاهره شمول ثياب البدن ولعله فى غير الكسوة الواجبة وهو الزائد عليها تأمل وراجع ويدل عليه ما مر أول الهبة من قوله اتخذ لولده ثيابا الخ حيث لا رجوع له هناك ما لم يصرح بالعارية فهنا أولى (قوله خوان) بكسر الخاء وأخونة قبلها بكسر التاء منونة (قوله على الصلات) بكسر الصاد (قوله مطلقا) أى سواء قبل المديون أولا وقيل لا بد من القبول و يظهر لك منه ما فى كلام البحر حيث قال أول باب الرجوع وأطلق الهبة فانصرفت الى الاعيان فلا رجوع فى هبة الدين للمديون بعد القبول بخلافه قبله لكونها اسقاطا اه وكأنه اشتبه عليه الرد بالرجوع تأمل (قوله وابراء ذى نصف الخ) قال قاضى خان واذا كان دين بين شريكين فوهب أحدهما نصيبه من المديون جاز وان وهب نصف الدين مطلقا ينفذ فى الربع كما لو وهب نصف العبد المشترك اه كذا فى الهامش (قوله على حجها الخ) اشتمل البيت على مسئلتين * الاولى امرأة تركت مهرها للزوج على أن يحج بها فلم يحج بها قال محمد بن مقاتل انها تعود بمهرها لان الرضى بالهبة كان بشرط العوض فاذا انعدم العوض انعدم الرضى والهبة لا تصح بدون الرضى * والثانية اذا قالت لزوجها وهبت مهرى منك على أن لا تظلمنى فقبل صحت الهبة فلو ظلمها بعد ذلك فالهبة ماضية وقال بعضهم مهرها باق ان ظلمها كذا فى الهامش (قوله معلق تطليق الخ) البيت للشرنبلالى نظم فيه مسئلة سئل عنها وهى قال لها متى نكحت عليك أخرى وأبرأتنى من مهرك فأنت طالق فهل اذا ادعى انه أوفاها المهر فلم يبق ما تبرئه عنه وأنكرت يقبل فى عدم الحنث وان لم يقبل بالنظر لسقوط حقها كما يقبل قوله لو اختلفا فى وجود الشرط فأجاب ان رد الابراء لم يحنث لانه لو كان كما ادعت فرده أبطله وان كان كما ادعى فالرد معتبر لبطلان الابراء المقتضى للحنث وانما اعتبر الرد مع دعوى الدفع لما يأتى انه اذا قبض دينه ثم أبرأ غريمه وقبل صح الابراء ويرجع عليه بما قبض اه ملخصا ومفهومه انه لو لم يقبل لم يصح الابراء قال وانما سطرته دفعا لما يتوهم من الحنث بمجرد الابراء وانظر ما ذكره الشارح فى آخر باب التعليق وقال فى الهامش أى اذا علق طلاق امرأته على نكاح أخرى مع الابراء عن المهر فتزوج فأبرأته امرأته الابراء فادعى دفع المهر فالقول له فى عدم الحنث لكن قال فى الاشباه وعلى أن الابراء بعد القضاء صحيح لو علق طلاقها بابرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل

التعليق

وان قبض الانسان مال مبيعه فابرأ يؤخذ منه كالدين أظهر ومن دون أرض في البناء صحيحة وعندي فيه وقفة فحرر قلت وجه توقفي تصريحهم في كتاب الرهن بأن رهن البناء دون الارض وعكسه لا يصح لانه كالشائع فتأمله وأشرت بأظهر لما في العمادية عن خواهر زاده انه لا يرجع واختاره بعض المشايخ وفيظفر أي بنكاح ضرتها لانه برده للابراء أبطله فلا حنث فليحفظ انتهى

التعليق فاذا أبرأته براءة اسقاط وقع اه كذا في الهامش (قوله وان قبض الانسان) باع متاعا وقبض الثمن من المشتري ثم أبرأ البائع المشتري من الثمن بعد القبض يصح ابراؤه ويرجع المشتري على البائع بما كان دفعه اليه من الثمن كذا في الهامش (قوله صحيحة) أي هي صحيحة كذا في الهامش (قوله أي بنكاح) عبارة الشرنبلالي أي بقهر المرأة لبقائها في نكاحه مع الضرة وهو الانسب حيث كان المعلق طلاقها لا طلاق الضرة (فائدة) قال الزاهدي في كتابه المسمى بحاوي مسائل المنية للقاضي عبد الجبار انتهب وسادة كرسي العروس وباعها يحل ان كانت وضعت للنهب اه أقول وعليه يقاس شمع الاعراس والموالد رملي على المنح والله سبحانه وتعالى أعلم *

قال الفقير الى الباري سبحانه المرتجي كرمه واحسانه وامتنانه محمد علاء الدين ابن المؤلف هذا آخر ما وجدته على نسخة شيخنا المؤلف المرحوم الوالد السيد محمد افندي عابدين عليه رحمة أرحم الراحمين وأحسن له الفوائد ولكن يحتاج بعضه الى مراجعة أصله المنقول عنه فانه لم يظهر لي وليس عندي أصله لارجع اليه والله المسؤول وعليه التكلان ونسأله سبحانه التوفيق لاقوم طريق وهو حسبي ونعم الوكيل وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم وذلك في خامس وعشري صفر الخير نهار الاربعاء قبيل الظهر سنة الف ومائتين وستين أحسن الله ختامها آمين

يقول المستعين بربه القوي * مصحح دار الطباعة المصرية محمد قطة العدوي * منحه الله بخفي ألطافه * وأدركه بعونته واسعافه * قد تم هذا الجزء طبعا * وكمل تمثيلا ووضعا * بدار الطباعة المصريه * الكائنة ببولاق مصر المحميه * مصححا بقدر الامكان * ومقابلا على خط المؤلف عليه سحائب الرحمة والرضوان * ماعدا أواخره اعني من ملزمة ٩١ الى النهايه * فان تصحيح ذلك كان على نسخة بلغت في التحريف والسقط الغايه * لكونها غالبا منسوخة من نسخة من جرد الهوامش * وتساهل الناسخ في النقل فكثر فيها التحريف الفاحش * غير أنه بعون الملك المعبود * حصل في التصحيح بذل المجهود * فما أمكن اصلاحه أثبته بعد المراجعة والتثبت التام * والا أشرت الى التوقف بالكتابة على الهامش أو بوضع رقم من الارقام * اعطاء للصناعة حقها موفورا * عسى أن نلحق بمن كان سعيهم مشكورا * وقد كان تمامه في أوائل شعبان سنة ١٢٧١ احدى وسبعين ومائتين بعد الالف * من هجرة من خلقه الله على أجمل نعت وأكمل وصف * صلى الله وسلم عليه وعلى آله * والناسجين على منواله * آمين

ويتلوه الجزء الخامس أوله كتاب الاجارة